HISTOIRE DE L'EMPHYTÉOSE EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT...

E. Pepin Le Halleur



HISTOIRE

DE

L'EMPHYTÉOSE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

Corbeil, imprimerie de CRÉTÉ.

HISTOIRE

DE

L'EMPHYTÉOSE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS,

MÉMOIRE COURONNÉ PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

PAR

M. E. PEPIN LE HALLEUR,

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS.



PARIS,

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,

Rue des Grès, 14, près de l'École de Droit;

MÊME MAISON, place Dauphine, 29.

1843

PRÉFACE.

Lorsqu'à la fin de l'année 1840, la Faculté de droit de Paris proposa pour sujet du concours de doctorat *la théorie de l'emphytéose depuis le Droit romain jusqu'à nos jours ;* on connaissait déjà en France un travail fort remarquable de M. Vüy, couronné par la faculté de droit d'Heidelberg, et qui avait pour objet la théorie et l'histoire de l'Emphytéose en droit romain. Le digne continuateur de M. Toullier, M. Duvergier, avait retracé, dans un chapitre spécial de son *Traité du louage*, la théorie de l'emphytéose d'après l'ancien et le nouveau droit français. Enfin, M. Troplong, dont le commentaire sur le titre du Louage parut au moment où les concurrents pouvaient commencer

leur travail, semblait s'être proposé la question même du concours : il l'avait traitée dans une dissertation étendue, où se font remarquer toutes les qualités de son talent aussi élevé qu'original.

Dans le cours de mon travail, je n'ai pas perdu de vue un seul moment ces trois ouvrages. Mes citations fréquentes prouveront au lecteur ce qu'il a pu déjà deviner: à savoir, que le courage et les forces m'auraient certainement manqué pour entreprendre et terminer ma tâche, si je n'avais rencontré ces auxiliaires.

J'en ai appelé beaucoup d'autres à mon secours; j'ai mis le plus grand soin à rechercher les autorités, et ne me suis abandonné à aucune. Je n'ai fait le sacrifice de mon opinion réfléchie à aucune renommée, si grande qu'elle fût; mais j'étais plus heureux de me trouver de l'avis d'un grand jurisconsulte que d'avoir à proposer des idées nouvelles.

M. le professeur Oudot, dans le compte qu'il a rendu des résultats du concours, a apprécié mon mémoire avec une grande bienveillance : il ne l'a pas jugé indigne de l'impression. Mon savant con-

frère, M. Duvergier, qui m'a fait l'honneur de me demander communication de mon manuscrit, a bien voulu joindre ses encouragements, si précieux, à ceux de M. Oudot.

Il eût été possible de développer le plan de mon travail, d'y faire entrer des considérations d'économie politique, d'y ajouter des rapprochements empruntés aux législations étrangères. Mais les suffrages, dont j'ai tant besoin de me prévaloir, auraient manqué à cette partie nouvelle du livre. J'ai mieux aimé publier le mémoire, à peu près tel que je l'avais remis à mes juges ; j'ai seulement complété, quelquefois d'après des renseignements nouveaux, des idées que j'avais à peine eu le temps d'indiquer.

ERRATA.

—

Page 2, note 1, au lieu de *L.* 13. *C. G.*, lisez : *L.* 13. *C. J.*
Page 42, ligne 2, au lieu de ***locataire***, lisez: ***donataire***
Page 187, ligne 7, au lieu de ***celle du***, lisez : ***renonçant au***
Page 221, ligne 20, au lieu de ***restitution***, lisez : ***institution***

ADDENDA.

—

Page 11, ligne 5, après *en outre*, ajoutez : ***et avec raison***
Ibid., après *la note* 3, ajoutez: *comp. ci-après, 2e part.*, § 25, *page* 105, *note* 1.
Page 18, après § VII, ajoutez : ***bis.***
Page 214, ligne 17, après *apprennent*, ajoutez : *les*

PREMIÈRE PARTIE.

ANTÉCÉDENTS DE LA THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE DANS LE DROIT ROMAIN.

§ Ier.

Nécessité de rechercher les antécédents de la théorie de l'emphytéose.

1. — C'est dans une constitution (1) célèbre de l'empereur Zénon, que l'expression « jus emphyteuticum » apparaît pour la première fois avec un sens nettement déterminé. Dans les documents antérieurs, on la trouve plus d'une fois; mais la notion du droit auquel elle correspond est toujours sous-entendue. La constitution de Zénon nous présente le « jus emphyteuticum » comme un droit « sui generis », dont elle veut donner une idée générale. Dans les autres documents, cette expression est presque toujours employée comme synonyme: elle semble n'avoir pas encore une signification propre.

(1) L. 1. C. J. *de jur. emphyt.*

Ainsi, dans la rubrique du titre 3 du livre VI des Pandectes, et dans le fr. 15, § 1. D. *qui satisd. cog.*, on voit un rapport de synonymie positivement établi entre ces deux expressions « ager emphyteuticus » et « ager vectigalis ». Or, sous le régime de la constitution de Zénon, le contrat emphytéotique n'était en aucune manière restreint aux domaines municipaux ; et le « jus emphyteuticum », quoiqu'il présente une grande analogie avec le « jus in agro vectigali », s'en distingue néanmoins par des traits caractéristiques.

Ainsi, parmi les documents des Codes de Théodose et de Justinien, ceux qui se rapportent à notre matière et qui sont antérieurs à Zénon, nous montrent toujours le « jus emphyteuticum » dans un rapport très-étroit avec les terres des domaines impérial, municipal ou ecclésiastique. Une constitution (1) de Dioclétien et de Maximien semble même réserver la dénomination de « emphyteuticarium prædium » aux terres du domaine public, à l'exclusion des terres du domaine municipal. Or toutes ces acceptions sont trop étroites, si l'on considère le sens que la constitution de Zénon at-

(1) L. 13. C. G. *de præd. et aliis reb. min.*:
« Etiam vectigale, vel patrimoniale sive emphyteuticum præ-« dium, sine decreto præsidis distrahi non licet... »

tribue à cette expression de « jus emphyteuticum ».

Mais si la constitution de Zénon est le premier document dans lequel l'emphytéose nous apparaisse comme une institution « sui generis », il ne s'ensuit pas qu'on doive confondre la date de la constitution avec la date de l'institution elle-même. A vrai dire, Zénon n'a fait autre chose que fixer les idées sur un point très-important et jusqu'alors très-incertain, la nature du contrat emphytéotique, et par suite, du droit qui en résultait : mais sa constitution suppose que l'emphytéose existait déjà et que l'on discutait sur sa nature.

2. — Il suit de là que, quelque intime que soit le rapport de l'emphytéose avec la situation politique et économique du Bas-Empire, et quoiqu'on puisse affirmer avec raison qu'elle a été une institution de cette époque, néanmoins ceux qui veulent se rendre un compte rigoureux de sa théorie doivent reprendre les choses de beaucoup plus haut.

Il est visible, en effet, par la seule inspection des sources (1), que le « jus emphyteuticum » procède du « jus in agro vectigali », au moins sous le

(1) Rubrique du titre 3, liv. VI des Pandectes : « Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius... »

rapport de la doctrine. En regardant de plus près, on reconnaîtra que l'institution nouvelle ne fut pas autre chose que l'emprunt d'un moyen de mettre des terres en valeur que les particuliers firent à l'administration du domaine public.

Essayons de retracer rapidement l'histoire de ces antécédents de l'emphytéose.

§ II.

Origine et destination primitive de l'*ager publicus*.

1. — Quelque rares que soient les renseignements qui nous sont parvenus sur l'organisation municipale dans l'antiquité, on peut affirmer, sans témérité, qu'il ne se forma jamais une cité, sans qu'une partie plus ou moins considérable de son territoire restât dans l'indivision : c'est-à-dire, propriété municipale (1). C'était en même temps une réserve pour le pâturage, qui aurait eu à souffrir d'un partage du territoire entier ; et le seul moyen de se procurer un revenu public, par la perception d'une légère redevance pour le droit d'introduire les troupeaux dans les pâturages publics (2).

(1) A Rome, ce fut « l'ager publicus » ; dans les municipes et les colonies, « l'ager vectigalis » ; dans les circonscriptions germaniques, « la marche... »

(2) « Etiam nunc in tabulis censoriis pascua dicuntur omnia

2.—Rome eut donc, dès l'origine, un « ager publicus » ; et la tradition relative au partage du territoire par Romulus indique au moins que le domaine public en avait retenu une part considérable. Il était affecté à des droits d'usage et de parcours, dont la location, comme il vient d'être dit, forma longtemps l'unique revenu de l'état.

Mais cette destination exclusive ne pouvait durer toujours. Supprimât-on les causes politiques de l'augmentation du domaine public, il arriverait toujours un moment où les seuls progrès de l'agriculture diminueraient considérablement les exigences du pâturage et permettraient aux cités de donner à la plus grande partie de leur domaine une destination plus avantageuse.

Les terres du domaine public sont alors affermées.

§ III.

Envahissement de l'*ager publicus* par les patriciens. Concession qu'ils en faisaient à leurs clients.

Dans l'histoire particulière de Rome, cette révolution se produisit beaucoup plus tôt, à cause de l'extension rapide que la conquête fit prendre à « l'ager publicus » ; et la nature du gouvernement

ex quibus populus reditus habet, quia diu hoc solum vectigal fuerat. » (Plin. *Hist. nat.* XVIII. 3.)

de cette république donna à cette révolution un caractère particulier.

Maîtres du gouvernement, les patriciens s'attribuèrent exclusivement (1) le privilége de la location (2) des terres du domaine public. Naturellement, ils ne s'imposèrent pas des conditions onéreuses. Au prix d'une légère redevance, qu'ils versaient dans le trésor public, ils acquirent la propriété, sinon légale, au moins effective, de vastes étendues de terres.

Pour faire participer à ces bénéfices des plébéiens, qu'il eût été dangereux d'en exclure absolument, chaque patricien (3) distribuait à ses clients

(1) Niebuhr. *Hist. rom.*, tom. 2, p. 183, éd. allem., et ce passage de Tite-Live, VI. 37:

« ...Nec agros occupandi modum patribus unquam fore affirmabant. »

(2) Il y a controverse entre les auteurs (Niebuhr et Tigerstroem) prétendant, les uns, que la possession de « l'ager publicus » n'était jamais le résultat d'une location, les autres, le contraire. Pour moi, j'avoue que je n'aperçois pas bien la différence entre la « possessio agri publici » et la location, puisque, d'une part, il est certain que la « possessio » était grevée de certaines redevances annuelles (App. I. 7. Tite-Live, XXXI. 13); et que, d'autre part, il est avéré que la location de « l'ager publicus » conférait des droits analogues à ceux qui seraient résultés d'une vente. (*Hyginus et Festus.* Voy. les passages de ces auteurs, cités par Vuy, *De origin. et nat. jur. emphyt.* not. 45. — Comp. *eod. lib.* not. 16.)

(3) Festus, v° Patres. « *Patres* agrorum partes attribuebant tenuioribus, perinde ac liberis propriis. »

la plus grande partie du lot qu'il avait obtenu. Il n'est pas douteux qu'il réalisait un bénéfice notable sur cette concession de seconde main. Toutefois, il pouvait encore la faire à des conditions modérées et avantageuses pour le preneur; puisque lui-même tenait les terres en quelque sorte gratuitement de l'état.

§ IV.

Caractère précaire de cette possession.

Ces concessions de seconde main, les patriciens ne pouvaient les faire, qu'à la condition sous laquelle ils tenaient eux-mêmes les terres de l'état, c'est-à-dire à titre de précaires et à la charge de les restituer, lorsque l'état en voudrait faire un autre usage. Ce risque se réalisait bien quelquefois (1), et c'est pour cela que ces détenteurs du domaine public, même lorsque leur possession était immémoriale, n'étaient jamais appelés que « possessores »; mais, en fait, cette possession ressemblait bien à la propriété et se transmettait comme elle. On sait que la doctrine des interdits

(1) Orosius. v. 18 : « Loca publica quæ... in possessionem tradita erant, cogente inopia, vendita sunt. »

Cic. *Rull.* 11. 21. « Qui agrum Recentoricum possident, vetustate « possessionis se, non jure, misericordia senatus, non agri condi- « tione, defendunt, nam illum agrum publicum esse fatentur. »

dut sa naissance à la nécessité de protéger des droits nés de la possession de « l'ager publicus », et dont le « jus civile » ne s'était pas préoccupé (1).

§ V.

Location de l'*ager publicus*. — Son caractère particulier.

Il n'est pas de notre sujet de raconter comment et après combien de luttes obstinées, les plébéiens parvinrent à obtenir le droit de participer directement à la location de « l'ager publicus ». Ce fut, sans doute, à partir de cette époque que cette location se régularisa, en prenant un caractère plus fiscal, et que s'introduisit l'usage de ces baux de cent ans, dont parle Hyginus (2), et enfin de ces baux perpétuels, que les textes nous montrent appliqués aux terres du domaine public, « ager publicus » (3), et plus fréquemment aux terres du domaine municipal des différentes villes, « ager vectigalis ».

(1) Savigny, *Possession*, § 12. — Niebuhr, p. 2, p. 161 et suiv., p. 170 et suiv., 2e édition allem.

(2) Hygin. *De limit. constit.* p. 205 de l'éd. des *Scriptores rei agrariæ* par Goesius:

« Qui superfuerant agri vectigalibus subjecti sunt, alii per « annos quinos, alii vero mancipibus ementibus, id est condu- « centibus, in annos centenos. »

(3) Fr. 11. § 1. D. *de publ. et vect.* :

« Agri publici, qui in perpetuum locantur... »

En effet, il est facile de concevoir que les baux consentis par les cités doivent avoir une plus longue durée que les baux consentis par les particuliers. Le grand avantage des baux de courte durée, c'est de ne pas entraver la circulation des biens : mais, en compensation, ils présentent un grave inconvénient. Le fermier ne cultive pas en bon père de famille la terre qui bientôt produira pour un autre que lui. Or, l'avantage est nul pour les cités, qui aliènent rarement ; et l'inconvénient est d'autant plus grave qu'elles ne disposent pas des mêmes moyens de surveillance que les particuliers. Aussi, quoique le bail ordinaire ne fût pas tout à fait inusité (1) à l'égard des terres du domaine municipal ou public, il est certain que le bail pour cent ans, et surtout le bail perpétuel, étaient beaucoup plus fréquents.

Cette différence dans la durée des baux en amena d'autres sur plusieurs points importants ; et peu à peu il se forma une doctrine particulière pour ce genre de location. Elle donna naissance, au profit du fermier perpétuel, à un droit, « jus

(1) Hyginus, *loc. sup. laud.* fr. 1. D. *si ager vectigalis.* « Agri « civitatum, alii vectigales vocantur, alii non... Non vectigales « sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos « dare solemus. »

in agro vectigali » (1), bien différent du droit du fermier temporaire, plus étendu que le droit purement viager de l'usufruitier, et qu'on ne distinguait pas sans peine du droit même de propriété.

§ VI.

Théorie du *jus in agro vectigali*.

1. — Le concessionnaire d'un « ager vectigalis » faisait les fruits siens, par leur séparation du sol, tandis que l'usufruitier les acquérait seulement par la perception (fr. 25. § 1. D. *de usur.*). Il pouvait engager ce fonds (fr. 16. § 2. D. *de pign. act.*). Dans le cas où plusieurs associés se seraient réunis pour obtenir une semblable concession, ils pouvaient intenter l'action « communi dividundo », à l'occasion de « l'ager vectigalis » : seulement les pouvoirs du juge souffraient quelque restriction dans l'intérêt de la cité (fr. 7. pr. D. *comm. divid.*).

Pour protéger ce droit contre les prétentions de la cité elle-même et, à plus forte raison, contre les tiers, le concessionnaire d'un « ager vectigalis » avait une « actio *in rem* » (fr. 1. § 1. D. *si ager vectig.*).

(1) Le même fragment : « .... Vectigales vocantur, qui in « perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro illis vec- « tigal pendatur, quamdiu neque ipsis qui conduxerint, neque « his qui in locum eorum successerint, auferri eos liceat. »

Il avait bien certainement aussi les interdits possessoires, puisqu'un texte formel le qualifie de «possessor» (1) (fr. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.*), à la différence de l'usufruitier. Quelques auteurs (2) lui attribuent en outre la « Publiciana in rem actio ». Mais le fr. 12. § 2. *de Publ. in rem act.*, sur lequel on se fonde, se rapporte évidemment au cas où une personne a reçu un « ager vectigalis », le croyant « ager privatus » et pensant en devenir propriétaire par la tradition qui lui est faite (3). De même que le propriétaire, il a les actions « arborum furtim cæsarum » et « aquæ pluviæ arcendæ » (fr. 3. § 4. 23. § 1. D. *de aq. et aq. pl. arc.* fr. 5. § 2. 3. D. *de arb. furt. cæs.*), refusées à l'usufruitier. Lorsqu'il plaide, sa qualité de « possessor » lui vaut la prérogative de n'être jamais assujetti aux

(1) C'était, à la vérité, une inconséquence, comme le remarque M. de Savigny, *Possess.*, 6e édit. allem. § 9. p. 124, et not. 3.

Il donne au surplus une explication historique de cette inconséquence au § 12, etc.

En présence d'un texte aussi formel, il est difficile de refuser les interdits possessoires au concessionnaire d'un « ager vectigalis »; cependant M. Tigerstroem les lui refuse.

Comp. M. Vuy, *op. laud.* not. 141.

(2) M. Vuy, *op. laud.* p. 72.

(3) Autrement l'objection rapportée par le jurisconsulte que « l'ager vectigalis » n'est pas susceptible d'usucapion, n'aurait pas de portée.

cautions « judicio sistendi causa » (fr. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.*).

Enfin le concessionnaire d'un « ager vectigalis » transmet à ses héritiers (1) son droit, qui est perpétuel, et non viager comme celui de l'usufruitier. Ceux-ci peuvent le comprendre parmi les objets de l'action « familiæ erciscundæ » (fr. 9. 10. D. *fam. ercisc.*).

Toutefois le droit, garanti par tant de sanctions, n'existe pour le concessionnaire ou ses successeurs qu'à la condition de payer une redevance annuelle, « vectigal ». Si elle cesse d'être payée, le droit s'éteint (fr. 1. D. *si ag. vectig.*). Cependant, dans les années stériles, le concessionnaire pourra demander la remise du « vectigal », comme le fermier ordinaire celle du fermage (fr. 15. § 4. D. *locat.*).

2. — Les documents épars dans les Pandectes ne nous apprennent rien de plus sur les particularités du droit qui régissait ces concessions à perpétuité de « l'ager vectigalis ». Il s'en faut pourtant de beaucoup que tous les points importants soient réglés par ce que nous connaissons. Le concessionnaire d'un « ager vectigalis » aura-t-il le

(1) Fr. 1. D. *si ag. vectig.* Gaïus. III. 145... « In prædiis municipum, quæ ea lege locantur ut... neque ipsi conductori, « neque ejus hæredi prædium auferatur. »

droit de constituer des servitudes, d'aliéner son droit à la jouissance de « l'ager vectigalis »; et, par le fait de cette aliénation, sera-t-il libéré envers la cité de toutes ses obligations, qui passeront à son successeur en même temps que ses droits? Enfin, profitera-t-il du trésor découvert sur le fonds? Ce sont là de graves questions, que les textes que nous possédons laissent indécises.

Il faut accuser de ces lacunes, moins l'insuffisance des sources, que l'incertitude même des idées des Romains. C'est sans doute pour parvenir à régler ces points que les jurisconsultes agitèrent la question de savoir si la concession de « l'ager vectigalis » constituait une vente dont le prix aurait consisté en annuités, ou un simple louage.

A ne considérer que les prérogatives par lesquelles le droit du concessionnaire surpassait le droit du locataire, il semblerait que la question dût se résoudre en faveur du concessionnaire, qui serait réputé acheteur. Mais il est évident que la nature du louage prédominait dans ce contrat dérivé, et ce qui le prouvait, c'était moins la périodicité de la redevance, que la remise qui en était faite en cas de stérilité. Elle aurait été due à forfait, et tous les risques de la jouissance auraient été à la charge du concessionnaire, si le contrat avait eu

la nature d'une vente. Aussi Gaïus (1) déclare-t-il que la question avait été résolue en ce sens; et, comme il ne présente pas ce point de droit comme faisant actuellement l'objet d'une controverse, il y a lieu de croire que cette décision était universellement admise.

3. — Il suit de cette décision que toutes les règles du contrat de louage auxquelles il n'a pas été spécialement dérogé, sont applicables à la concession d'un « ager vectigalis ». Conséquemment, il faut reconnaître que le concessionnaire d'un « ager vectigalis » ne pouvait pas le grever de servitudes, même de celles qui n'impliqueraient dans leur exercice aucune détérioration du fonds. Il n'y a servitude qu'à la condition qu'il existe une action réelle, au profit du propriétaire du fonds dominant. Or, comme le dit très-bien M. Thibaut (2), « dans les idées des Romains, les « actiones in rem » sont des prérogatives singulières, qui ne peuvent exister qu'en vertu d'une loi positive... Le droit romain permet bien à une personne de transférer à un tiers son droit réel tout entier; mais, en règle générale, il ne permet pas la

(1) Gaïus, III. 145. comp. fr. 1. D. *si ag. vectig.*
(2) *Essais*, t. 2, p. 268.

multiplication des actions réelles par le fractionnement du droit principal. »

Conséquemment encore, le concessionnaire ne pourra, en transmettant à un tiers le bénéfice de la concession, se décharger de l'obligation personnelle de payer le « vectigal ». A vrai dire, la décision de cette question ne dépendait guère de l'opinion qu'on adopterait sur la nature du contrat par lequel s'établissait la concession. Que ce fût une vente ou simplement un louage, il n'y a pas plus de raison, dans un cas que dans l'autre, de libérer une partie de son obligation, parce qu'elle aurait remis à un tiers le soin de l'acquitter (1). On ne saurait soutenir le contraire qu'en transportant dans le droit romain les idées féodales, d'après lesquelles les redevances étaient plutôt la charge du fonds que la dette du possesseur.

Enfin, et toujours en conséquence de la décision de Gaïus, il est certain que le concessionnaire pouvait être expulsé par la cité, lorsqu'il avait laissé passer deux ans sans payer le « vectigal ». Tel était, en effet, le droit commun en matière de

(1) V. en ce sens la C. 3. C. J. *de fund. rei priv.*
« Quicumque possessionem rei privatæ nostræ acceptam suo « nomine, vel jure perpetuo, vel titulo conductionis..... is pro « eo, quem succedaneum surrogavit, perpetuæ solutioni statuatur « obnoxius. »

louage; et il est étonnant que quelques auteurs (1) aient cru, sur le fondement du fragment 31. D. *de pign.*, que cette faculté n'a pu appartenir originairement à la cité, qu'en vertu d'un pacte exprès.

Il ne reste plus, pour en finir avec la condition du concessionnaire d'un « ager vectigalis », qu'à dire que, bien qu'il ne fût pas propriétaire et, par conséquent, n'eût aucun droit au trésor trouvé dans le fonds, cependant il était tenu, comme possesseur, des charges fiscales qui pesaient sur le fonds (2).

§ VII.

Des objets auxquels s'appliquait cette théorie.

Quoique ce soit à propos de la location de « l'ager vectigalis » que tous nos renseignements sur la doctrine de la location à perpétuité nous soient parvenus, il serait plus que téméraire de conclure que cette doctrine s'appliquait seulement à « l'ager vectigalis ».

Un texte formel (3) du jurisconsulte Paul nous apprend que les terres du domaine public, à cette époque encore distinct du domaine impérial, se

(1) M. Vuy, *op. laud.* p. 76, et ceux qu'il cite dans la note 152.
(2) Comp. fr. 7. D. *de Publican.*, et fr. 36. D. *de jure fisci.*
(3) Fr. 11. § 1. D. *de Publican.*

louaient également à perpétuité. On ne devinerait pas la raison pour laquelle la doctrine qu'on suivait dans le cas d'une semblable location d'un « ager vectigalis », n'eût pas été applicable à « l'ager publicus ». Il est vrai que le texte cité semble dire que le droit du concessionnaire était révocable à la volonté du prince ; mais il signifie seulement que l'expulsion du fermier, dans les cas où elle eût été permise au propriétaire, ne pouvait être opérée par le curateur qu'en vertu d'un ordre exprès de l'empereur.

On peut même supposer que cette sorte de location était quelquefois employée par des particuliers (1). Le passage de Gaïus, sur la location perpétuelle, ne semble nullement indiquer qu'il s'agisse d'un droit exceptionnel et propre à « l'ager vectigalis », qui est plutôt cité comme exemple. Que s'il ne nous reste aucun document relatif à cette position, c'est qu'elle devait être assez rare, en droit sinon en fait (2). Il n'a fallu rien moins

(1) C'est l'opinion de du Roi, *Archiv. für civil Praxis*, tom. 6, p. 388.

M. Vuy, qui le réfute, ne répond qu'à l'argument tiré du fragment 31. D. *de pignor.*

(2) Columelle. lib. I. c. VII. « Patris familias felicissimum « fundum esse, qui colonos indigenas haberet, et tanquam in « paterna possessione natos jam inde a cunabulis longa familiaritate retineret. »

que les misères du Bas-Empire pour donner naissance à l'emphytéose.

§ VII.

Solution de continuité dans l'histoire de l'emphytéose. Nouvelles dénominations.

Jusqu'à présent, on aperçoit assez nettement le progrès de l'histoire de l'emphytéose. C'est au moment le plus rapproché de l'époque où l'institution apparaît, au moment où le mot se rencontre déjà, que la confusion et l'obscurité sont portées au plus haut degré.

D'abord, on ne retrouve plus au Code l'expression « ager vectigalis », pour désigner les terres du domaine municipal; mais il y est question de « prædia civitatum », « fundi civitatum », « fundi rei publicæ », et la location perpétuelle n'a pas disparu. De même, on ne retrouve presque plus l'expression de « fundi publici », et jamais celle-ci : « ager publicus ». En revanche, on rencontre les nouvelles dénominations de « fundi patrimoniales », « fundi divini domus », qui se rapportent toutes à diverses branches du domaine public, désormais indistinct du domaine impérial.

Ces terres de dénominations nouvelles nous apparaissent aussi comme objets de plusieurs droits

dont le nom n'était pas moins inconnu au temps des jurisconsultes classiques : tantôt « jus privatum salvo canone », tantôt « jus perpetuum salvo canone », tantôt enfin « jus emphyteuticum ».

§ VIII.

Identité du *jus perpetuum salvo canone* et du *jus emphyteuticum*.

Ces expressions diverses sont-elles synonymes, et se rapportent-elles à un seul et même droit, envisagé sous des aspects différents ?

Sur ce point, nous rencontrons un document assez précieux dans la loi 1. C. J. *de off. com. sacr. pal.* Cette constitution des empereurs Arcadius et Honorius décide qu'il y a identité entre le « jus perpetuarium » (qui ne saurait être distingué du « jus perpetuum salvo canone ») et le « jus emphyteuticarium », qui est le même que le « jus emphyteuticum ».

Toutefois il est bon de remarquer que cette constitution ne nous est parvenue que dans le Code de Justinien, et qu'il est avéré par plus d'un rapprochement entre des constitutions de ce code et celles du Code de Théodose, que Justinien ne s'est pas montré plus respectueux pour le texte des constitutions de ses prédécesseurs que pour celui des jurisconsultes classiques. Or, comme il a bien identifié dans un texte du Digeste, le « jus in agro

vectigali » avec le « jus emphyteuticum », entre lesquels il n'y avait effectivement plus de différence depuis longtemps, il a bien pu en faire autant en ce qui concerne le « jus perpetuarium » : il aura voulu effacer dans le passé même la trace de la différence qui a pu exister entre ce droit et le « jus emphyteuticum ». Ce qui autorise à penser que la synonymie n'a pas toujours existé entre ces deux expressions, c'est qu'on a remarqué (1) que le « jus perpetuum » était le seul dont les sources fissent mention à l'égard des « fundi rei privatæ », et que le « jus emphyteuticum » n'y est mentionné que relativement aux « fundi patrimoniales ».

§ IX.

Distinction entre le *jus perpetuum salvo canone* et le *jus privatum salvo canone*.

1. — Au surplus, et en acceptant sans restriction le sens littéral de la constitution d'Arcadius et d'Honorius rapportée par Justinien, la question reste de savoir s'il y a également synonymie entre les expressions « jus perpetuum salvo canone », et « jus privatum salvo canone ».

Il ne paraît pas que jusqu'ici on ait attaché une

(1) M. Vuy, *op. laud.* p. 103, *in fine*, et 104, not. 217.

signification propre à chacune de ces deux expressions (1).

Cependant il me semble que si l'on considère de près les circonstances dans lesquelles les deux expressions dont il s'agit sont employées isolément (2), on se convaincra qu'elles se rapportent à des situations véritablement distinctes.

2. — Pour arriver à déterminer le sens propre de chacune de ces deux expressions, il faut d'abord distinguer bien nettement le cas où les « fundi patrimoniales » étaient affermés moyennant une redevance fixe, et le cas où ils étaient vendus moyennant un certain prix et, en outre, à la charge de payer une redevance perpétuelle.

Qu'une semblable vente des « fundi patrimoniales » et même des « fundi rei privatæ » ait eu lieu

(1) Du moins, M. Vuy, dont l'écrit le plus récent sur la matière atteste une étude approfondie des sources et une connaissance étendue des commentaires, ne paraît pas attacher une portée différente à ces deux expressions.

J'en dirai autant de tous les auteurs, anciens et modernes, que j'ai consultés.

(2) Je ne connais qu'un seul texte, la C. 7. C. J. *de omn. agr. desert.* où les deux épithètes « perpetuum » ou « privatum » soient employées concurremment.

Mais ce n'est pas une objection contre l'opinion qui va être développée, qu'il y a dans le « jus privatum » *quelque chose de plus* que dans le « jus perpetuum ».

fréquemment, c'est ce qui résulte positivement des textes suivants :

1° Deux constitutions d'Arcadius et d'Honorius (LL. 9 et 10. C. J. *de fund. patrim.*) des années 398 et 399; dont la première déclare qu'il ne doit plus y avoir rien de commun entre les « fundi patrimoniales », *vendus* sous la condition dont il vient d'être parlé, et les « fundi patrimoniales », et la seconde assimile les « fundi patrimoniales » *donnés* sous la même condition aux « fundi patrimoniales qui in conditione propria constituti sunt »;

2° Une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, de l'année 439 (L. 13. C. J. *de fund. patrim.*), qui défend positivement l'aliénation des « fundi patrimoniales », même sous la condition de la redevance du canon, lorsque ces fonds sont situés « per tractum Orientis », c'est-à-dire, suivant le commentaire de Cujas sur cette constitution, dans le diocèse d'Orient;

3° Enfin une constitution des mêmes empereurs, de l'année 440 (L. 7. C. J. *de fund. rei priv.*), qui défend absolument l'aliénation des « fundi rei dominicæ demto canone », et par là permet expressément l'aliénation qui s'en ferait « salvo canone ».

3. — Il est démontré par ces textes, qu'il y avait des « fundi patrimoniales » et même des « fundi

rei privatæ » qui étaient vendus « salvo canone », et d'autres qui étaient « in conditione propria constituti ».

Je dis maintenant que l'expression « jus privatum salvo canone » se réfère à la première de ces deux positions.

Nous voyons en effet que les deux constitutions précitées, d'Arcadius et d'Honorius, qualifient les fonds qu'elles ne veulent pas que l'on confonde avec les « fundi patrimoniales » proprement dits, de « fundi emti privato jure, salvo canone » ; et que la première des deux constitutions précitées de Théodose et de Valentinien, voulant caractériser l'aliénation des « fundi patrimoniales » qui se fait « salvo canone », se sert, comme de l'expression technique, de ces mots : « ad jus transferre privatum ».

Dans les autres textes où l'expression « jus privatum» se trouve employée, on pourra trouver plus d'une fois de nouveaux arguments à l'appui de cette interprétation : on ne trouvera jamais rien qui la contrarie.

4. — L'expression de « jus perpetuum salvo canone » semble donc être réservée pour le cas où les « fundi patrimoniales » et les « fundi rei privatæ» in conditione propria constituebantur. »

Or, plusieurs textes indiquent clairement que

le «jus perpetuum» ou « perpetuarium» n'est autre chose que le droit résultant de la location perpétuelle, appliquée aux terres du domaine impérial, et l'on peut présumer sans témérité qu'il était en tous points conforme au « jus in agro vectigali ».

1° Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (L. 3. C. J. *de fund. rei priv.*), tout en distinguant dans les termes le « titulus conductionis » et le « jus perpetuum », comprend les deux cas dans la même disposition. Cette assimilation, quant au résultat, est bien plus significative que la distinction dans les termes. En effet, la location perpétuelle, avec les prérogatives que nous lui connaissons déjà, méritait bien d'être distinguée de la location ordinaire, quoiqu'au fond les deux contrats eussent la même nature.

2° Une autre constitution de Théodose et de Valentinien (L. 5. C. J. *de loc. præd. civ.*) est beaucoup plus positive. On y remarque ce passage : « ....Sane si quis non perpetuo jure, sed ad tempus « locatam... »

3° Enfin la loi 3. C. J. *de loc. præd. civ.* met tout à fait hors de doute ce point, que le « jus perpetuum » n'était pas autre chose que le droit résultant de la location perpétuelle : « Loca omnia fundi-

« ve rei publicæ... perpetuariis conductoribus « locentur. »

§ X.

Nature propre du *jus privatum* et du *jus perpetuum*.

Il suit de tout ce qui précède que le « jus privatum salvo canone » se rapporte au cas de l'aliénation d'un fonds du domaine impérial qui passe dans le domaine privé (*jus privatum*) d'un particulier; seulement, pour ne pas s'exposer à voir promptement dissipées les ressources provenant de ces aliénations, les empereurs voulaient qu'une portion (1) du prix consistât toujours dans une redevance annuelle (*salvo canone*).

Au contraire, dans le cas du « jus perpetuum », le fonds restait, quant à la propriété, dans le domaine impérial; seulement le concessionnaire et ses ayants cause avaient un droit perpétuel à la

(1) Je dis une portion du prix, parce que si les acheteurs de ces fonds n'avaient pas payé une somme comptant, on ne s'expliquerait ni leur titre d'acheteurs, ni leurs prérogatives particulières, puisqu'il n'y aurait aucune différence entre eux et les « perpetuarii ». Au surplus, la loi 12. C. J. *de fund. patrim.* est formelle sur ce point. Elle décide que les « possessores vel emphyteuticarii patrimoniales » ne seront pas forcés d'acheter les fonds qu'ils exploitent; mais que par la libéralité des princes et « quasi pretiis depensis », ils jouiront de tous les avantages que l'acheteur obtenait « inferendo pretium ».

possession, que l'empereur lui-même s'interdisait de troubler.

C'est cette différence entre le « jus privatum » et le « jus perpetuum » qui explique le contraste entre la loi 2. C. J. *de manc. et col. patrim.* et la loi 12. C. J. *de fund. patrim.*

La première est ainsi conçue : « Libertates, « quas mancipiis ex fundis patrimonialibus atque « emphyteuticis qui fundorum non sunt domini « præstiterint, rationales hujus præcepti auctoritate « rescindant. » Évidemment, ces termes ne s'appliquent pas à d'autres qu'aux « perpetuarii conductores (1) ».

Dans la loi 12. C. J. *de fund. patrim.* (2) il s'agit personnes *assimilées* à celles qui ont obtenu par achat le « jus privatum ». Elle dispose que ces personnes pourront émanciper les esclaves attachés aux fonds, « quum fundorum sint domini » (3).

(1) Cujas, dans son commentaire sur cette constitution.

Comp. fr. 1. § 1. D. *si ag. vectig.* : « Qui in perpetuum fundum « fruendum conduxerint..., quamvis non efficiantur domini... »

(2) Il importe, au surplus, de remarquer que cette constitution est d'une date beaucoup moins ancienne que la précédente : l'une est de l'année 367, l'autre de l'année 434.

(3) Cette constitution, dont le véritable sens a été rétabli par Thibaut (*Dissertations*, p. 274), est une de celles qui avaient occasionné la méprise des glossateurs sur la véritable nature de l'emphytéose, qu'ils considéraient comme une sorte de propriété.

§ XI.

Origine de la dénomination de *jus emphyteuticum*.

1. — La nature du « jus perpetuum » étant ainsi établie et distinguée de celle du « jus privatum », nous connaissons, par conséquent, la nature du « jus emphyteuticum », qui lui est identifié (1).

Cependant il est impossible que cette diversité de dénomination n'ait pas sa raison dans quelque particularité, au moins historique, sinon doctrinale : c'est cette particularité qu'il faut essayer de retrouver.

A cet égard, M. Vuy (2) a remarqué que dans les sources on ne trouvait jamais le « jus emphyteuticum » appliqué aux « fundi rei privatæ » ; et qu'au contraire il se trouvait un texte (3), qui semblait réserver aux « fundi patrimoniales » ce droit de nouvelle dénomination (4).

(1) Par la loi 1. C. J. *de off. com. sacr. pal.* : « Ad palatinorum curam et rationalium officia.... totius perpetuarii, hoc « est, emphyteuticarii juris exactio revertatur. »

(2) *Op. laud.*, p. 103.

(3) L. 13. C. J. *de præd. et aliis reb. minor.* rapportée dans la not. p. 2. *suprà*. Vuy. *Op. laud.* p. 110.

(4) Mais il y a d'autres textes qui semblent distinguer les « fundi patrimoniales » des « fundi emphyteuticarii ». C. Th. lib. XI. tit. 16. *de ext. mun.* C. 17.

Toutefois, il n'y a pas grand éclaircissement à tirer de cette conjecture que le « jus emphyteuticum » n'était applicable qu'aux « fundi patrimoniales ».

Cette circonstance ne suffit point pour expliquer la différence de la dénomination; et d'ailleurs, l'on trouve quelquefois le « jus perpetuum » appliqué aux mêmes fonds : de sorte qu'il est impossible de donner pour raison de la différence de la dénomination la différence des objets.

Il me semble que si l'on rapproche le sens étymologique de cette expression « jus emphyteuticum » de la situation agricole de l'empire au moment où l'expression apparaît dans les sources, on ne peut pas se tromper sur la particularité qui fait le caractère distinctif du « jus emphyteuticum ».

2. — La dépopulation et la désertion de la culture du sol, qui furent les deux plaies incurables du Bas-Empire (1), affectaient sensiblement la fiscalité impériale, en diminuant tous les jours la matière imposable. Il restait une ressource : de mettre les terres abandonnées à la charge des décurions,

(1) Mais le mal avait commencé depuis longtemps. A cet égard, comparez le passage d'Appien, traduit par M. la Boulaye, *Hist. du droit de prop. fonc. en Occid.*, p. 82, not. 1, et le passage d'Hérodien, traduit par M. Naudet, *Mémoire sur les inst. de Dioclétien et de Constantin*, tom. 1, p. 200.

qui n'en auraient pu trouver le placement (1) malgré l'appât d'une immunité de trois ans; ou, si les décurions étaient impuissants à supporter ce surcroît de charges, on pouvait encore le répartir entre tous les propriétaires de la cité (2). Mais ce n'étaient que des palliatifs dangereux, puisqu'en augmentant les charges des propriétaires qui cultivaient encore, on ne faisait que rendre plus imminente leur propre désertion. On le comprenait bien.

Aussi les empereurs s'efforçaient-ils de rappeler le cultivateur sur le sol abandonné. A celui qui entreprendrait de remettre un terrain en culture, ils promettaient la propriété après l'expiration d'un délai de deux ans; et si, avant ce terme, il venait à être troublé par la revendication du propriétaire, on lui accordait le droit de rétention jusqu'à entier remboursement de ses dépenses (3). On faisait plus : un édit mettait les propriétaires en demeure de reprendre la culture de leurs terres abandonnées; et si, après six mois, ils confessaient leur impuissance à acquitter les

(1) Et encore ne pouvaient-ils le faire qu'à leurs risques et périls (C. 3. C. J. *de omn. agr. desert.*).

(2) Ces expédients d'une administration aux abois sont rapportés dans la C. 1. C. J. *de omn. agr. desert.*

(3) V. C. 8. C. J. *de omn. agr. desert.*

charges fiscales, en laissant leurs terres en abandon, on les adjugeait à ceux qui promettaient de payer « certum quem tributorum canonem » (1). Toutefois, après la mise en possession de l'adjudicataire, un nouveau délai de six mois était ouvert à ceux qui prétendraient avoir sur le fonds quelque autre droit que celui de propriété : ils pouvaient obtenir la résolution, à leur profit, de l'adjudication prononcée par l'officier du fisc, mais à la charge d'indemniser l'adjudicataire de ses dépenses (2).

3. — Ces règles concernaient les fonds des particuliers, abandonnés par eux. Que si le fonds inculte, dont un particulier aurait repris spontanément la culture était un « fundus patrimonialis », ce ne sera pas la propriété pure et simple, à la charge d'acquitter les charges fiscales, qu'il aura acquise ; mais il aura le « jus perpetuum ac privatum, salvo patrimoniali canone » (3).

On pouvait aussi, en s'adressant directement à l'empereur, obtenir la concession de quelque « fundus patrimonialis sterilis ». La loi 17. C. J. *de omni agr. desert.*, relative à cette hypothèse,

(1) C. 11. C. J. *de omn. agr. desert.*
(2) C. 7. C. J. *de censib.*
(3) C. 7. C. J. *de omn. agr. desert.*

indique quelles seront les prérogatives de ce concessionnaire. Ce sont précisément celles qui constituent le « jus perpetuum ».

Ce serait à ce contrat de droit public, comme l'appelle la loi 5. C. J. *de loc. præd. civ.*; que se rapporterait la dénomination particulière de « jus emphyteuticum ». Cette opinion est tout à fait conforme à l'étymologie du mot, puisqu'on s'accorde généralement à le dériver du grec « ἐμφυτεύειν, » qui signifie, comme on sait, « planter » ou « cultiver ».

Il me semble aussi que cette opinion est complétement justifiée par la loi 7. C. J. *de omni agr. desert.* Cette loi impose à tous les possesseurs de « fundi patrimoniales » l'obligation (1) d'ajouter aux terrains qui leur ont été concédés une quantité proportionnelle des terres abandonnées du même district; et voici comme elle s'exprime sur ce point : « Cæterum eos qui opimas ac fertiles « possident terras, aut etiam nunc sibi existimant « eligendas, pro defecta scilicet portione, summam « debiti præsentis jubemus implere, illos etiam « qui *emphyteuticario nomine nec ad plenum idoneas*, « nec omnibus modis vacuas destinent, sic ex illis « quoque quæ præsidio indigent, justam ac de-

(1) Qui pesait même sur les simples « conductores » de terres du domaine public (V. C. 6. C. J. *de omn. agr. desert.*).

« bitam quantitatem debere suscipere, ut indulto « temporis spatio, post biennium decretum cano- « nem solvendum esse meminerint. »

Je ne sais si je me trompe, mais il me semble que ce texte doit fixer désormais les idées sur le point en question.

§ XII.

Résumé des paragraphes précédents.

1. — Pour résumer cette longue discussion, je crois être autorisé à conclure :

1° Que les empereurs vendaient ou donnaient quelquefois à des particuliers la propriété de « fun- « di patrimoniales » ou de « fundi rei privatæ » ; mais sous la condition résolutoire (1) d'une redevance annuelle et perpétuelle; et que telle est l'hypothèse du « jus privatum salvo canone ».

2° Mais que la « propria conditio » de ces terres était la location (2), ordinairement perpétuelle, analogue à celle que l'on a vue appliquée aux terres de « l'ager publicus » ou de « l'ager vectigalis ; » et que telle est l'hypothèse du « jus perpetuum salvo canone ».

(1) V. la C. 2. C. J. *de fund. rei priv.*

(2) Il est fait expressément mention de la location ordinaire dans la C. 5. C. J. *de loc. præd. civ.*

3° Enfin, que, lorsque ce contrat intervenait à raison de semblables terres, devenues incultes, le droit qui en résultait prenait la dénomination de « jus emphyteuticum ».

Il n'y avait qu'une seule différence entre ces deux derniers droits. Elle tenait à l'immunité de deux ans, accordée aux « emphyteuticarii possessores », à raison des terres désertes que tous les détenteurs de terres du domaine impérial étaient obligés d'ajouter à celles qu'ils possédaient en vertu de la concession primitive.

Ainsi se trouve justifiée l'assimilation que la loi 1. C. J. *de off. com. sac. pal.* établit entre le « jus emphyteuticum » et le « jus perpetuarium ». Ainsi se trouve encore expliquée la dénomination particulière de « jus emphyteuticum » que le « jus perpetuum » reçoit dans certains cas.

2. — Ces trois expressions différentes ne correspondent donc véritablement qu'à deux situations ou conditions distinctes, dont il faut essayer maintenant de se faire une idée précise.

Pour cela, il convient de les examiner séparément.

§ XIII.

Théorie du *jus privatum salvo canone.*

1.—Le « jus privatum » était la propriété même d'une terre du domaine public, sur laquelle le fisc se réservait seulement une rente. La qualification de propriétaire est formellement donnée par la loi 12. C. J. *de fund. patrim.* aux concessionnaires de cette classe. Ce seul renseignement suffit pour nous édifier sur l'étendue de ce droit, dont les textes ne nous font pas connaître d'autre prérogative particulière que le droit d'affranchir les esclaves du fonds : mais ils la présentent comme la conséquence d'un droit de propriété sur le fonds lui-même.

Observons seulement que le droit d'aliéner, autre conséquence du droit de propriété, appartenait incontestablement à ceux qui étaient investis de ce « jus privatum ».

Il n'en faudrait pas conclure qu'après l'aliénation consommée, l'obligation de payer le canon reposait exclusivement sur la tête de l'acquéreur. Ce serait confondre cette redevance, qui était due à titre de prix et en vertu d'une obligation personnelle, avec une charge du fonds, comme l'impôt, qui ne se demande qu'au posses-

seur. Encore une fois, la redevance dont il s'agit était, en pur droit romain, une dette personnelle. Un vendeur pouvait bien imposer à l'acheteur la condition de payer cette dette pour lui; mais il ne pouvait pas, à moins d'une novation, donner à son créancier une action directe contre cet acheteur, ni, à plus forte raison, se soustraire lui-même à l'action de ce créancier.

2. — La condition du particulier qui acquérait le « jus privatum », envisagée sous le point de vue des charges fiscales, n'est pas aussi facile à déterminer.

Cependant, si l'on considère que les terres ainsi concédées devenaient véritablement propriété privée et que le canon promis n'était qu'une portion du prix, on ne voit pas pourquoi l'acquéreur n'aurait pas été soumis, à raison de ces terres, à l'impôt foncier et à toutes les autres charges de même nature.

A défaut de textes exprès qui nous le montrent assujetti à ces charges, il n'est peut-être pas impossible d'en citer quelques-uns desquels cette conclusion semble résulter.

Or, il me semble que l'on peut tirer argument des lois 9 et 10. C. J. *de fund. patrim.*

3. — La première de ces deux constitutions dit

qu'il n'y a rien de commun entre les « fundi patrimoniales » proprement dits, et ceux qui ont été concédés (1) « jure privato salvo canone ». Il est remarquable que ce soit précisément sous le point de vue fiscal que ce texte établisse la différence des deux conditions.

Cela posé, la seconde constitution dispose en ces termes : « Fundos patrimoniales, eos duntaxat « qui salvo canone jure privato nostra liberalitate « concessi sunt, cum his patrimonialibus, qui in « conditione propria constituti sunt, illustris auc- « toritas tua jubeat exæquari. Ita ut, relevato « onere, quod imminet fatigatis, et translato in « eos, qui integris viribus florent, adscriptio tri- « butorum æqua lance dividatur. »

Il semblerait, d'après ces derniers mots, qu'il s'agissait uniquement d'une égale répartition de l'impôt foncier entre les « perpetuarii conductores » et ceux qui étaient investis, à titre de donation, du « jus privatum salvo canone ». Mais, si l'on considère que les terres du domaine impérial étaient exemptes de l'impôt foncier (2), et que la consti-

(1) A titre de vente. La constitution le dit formellement. — Comp. la constitution suivante.

(2) V. C. 6. C. Th. *de exact.* XI. 7.

Il est vrai que ce point n'est certain qu'à l'égard des « fundi rei privatæ » ; mais il n'y a pas plus de raison, il y en a peut-être

tution précitée veut qu'on leur assimile les terres qui ont été distraites de ce domaine pour être concédées, à titre gratuit, « jure privato salvo canone », on écartera cette interprétation.

Le véritable sens, résultant de la combinaison des deux constitutions, me paraît être le suivant : Les « fundi patrimoniales emti jure privato, salvo canone, » ne seront pas confondus avec ceux « qui in conditione propria constituti sunt », ni avec ceux « qui salvo canone nostra liberalitate concessi sunt » : c'est-à-dire, qu'ils ne participeront pas à l'immunité dont jouissent ces deux classes de terres. Ainsi se trouvera allégé le fardeau des propriétaires, puisque les « fundi patrimoniales emti jure privato » entreront dans la classe des terres soumises à l'impôt foncier.

3. — Toutefois, et toujours sous le point de vue fiscal, la condition de ceux qui avaient obtenu le « jus privatum salvo canone », ne paraît pas avoir été tout à fait identique avec celle des autres propriétaires.

La loi 2. C. J. *de fund. rei priv.*, qui se rapporte

moins, pour affirmer que les « fundi patrimoniales » étaient grevés de l'impôt foncier, que pour affirmer qu'ils en étaient exempts.

Comp. *infrà*, § XIV. nos 7. 8.

bien évidemment à une concession de la nature de celle dont nous nous occupons (1), promet au concessionnaire, « ut si quid adjecerit sumtus, « cura vel solertia, quidquid mancipiorum vel « pecoris accreverit, *capitationis* aut canonis « *augmenta non patiatur*...... » Il y aurait donc eu comme un forfait sur la quotité de l'impôt entre le fisc et le propriétaire.

Un autre texte (L. 11. C. J. *de omn. agr. desert.*) se prête à la même interprétation. Il s'agit dans cette constitution de l'expropriation que le fisc fait subir aux propriétaires qui abandonnaient la culture de leur terre. Le nouveau propriétaire jouissait de deux avantages : 1° de ne payer que « certum quem tributorum canonem »; 2° de n'être pas tenu de l'arriéré des charges fiscales, par dérogation au droit commun (2).

§ XIV.

Théorie du *jus perpetuum salvo canone*.

1. —Les documents qui nous sont parvenus sur la condition des « perpetuarii conductores » sont un peu plus nombreux, mais ne sont guère plus

(1) En effet, le concessionnaire y est expressément qualifié de propriétaire : « ... ad novi domini jura migrabit. »

(2) Sur ce droit commun, comp. fr. 7. pr. D. *de publican.* fr. 36. *de jure fisci.* C. 3. C. J. *sine censu.*

explicites que ceux que nous venons d'interroger.

Envisagée sous le point de vue du droit civil, leur condition nous semble devoir être assimilée complétement à celle du concessionnaire d'un « ager vectigalis ». La position est la même, puisqu'il s'agit, dans les deux cas, de la location perpétuelle de terres qui ne sont plus dans le domaine privé. Les renseignements que nous avons sur le « jus perpetuum » coïncident parfaitement avec ce que nous savons du « jus in agro vectigali ». Enfin nous trouvons dans les sources (1) le « jus perpetuum » appliqué aux biens des cités.

Il ne faudrait pas se laisser induire en doute par cette circonstance que le principe de l'irrévocabilité du « jus perpetuum » semble avoir eu beaucoup de peine à s'établir (2). Nous trouvons, en effet, plusieurs constitutions (3) qui défendent de troubler le « perpetuarius » même dans le cas où un tiers offfrirait pour le même fonds un canon

(1) C. 3. C. J. *de locat. præd. civ.* C. 5. C. Th. *de locat. fund. jur. emphyt.* x. 3. C. 33. C. Th. v. 13.

(2) M. Vuy, *op. laud.* p. 119, croit trouver dans cette circonstance une preuve de l'influence que la doctrine ancienne sur la possession de « l'ager publicus » aurait exercée sur celle de l'emphytéose.

(3) C. 1. 5. 16. C. Th. v. 13. C. 1. C. Th. *de pascuis.* VII. 7. C. 3. C. Th. *de loc. fund. jur. emphyt.* x. 3. C. 3. 5. C. J. *de fund. patrim.*

supérieur. Mais ces prohibitions prouvent moins la non-existence du principe, que sa fréquente violation par les employés du fisc.

2. — En ce qui concerne le droit que, suivant nous, on ne peut refuser au « perpetuarius conductor » d'aliéner le bénéfice de la concession perpétuelle, sauf à rester débiteur ou du moins responsable du canon (à moins que le fisc n'ait autorisé l'aliénation), nous pourrions donc nous référer purement et simplement à ce que nous avons dit du « jus in agro vectigali » et du « jus privatum ».

Mais il faut mentionner un texte relatif à cette question, parce qu'il a été l'objet de plusieurs erreurs graves qu'il convient de réfuter.

Une constitution de Constantin (L. 1. C. J. *de fund. patr.*) décide que, dans le cas où l'emphytéote (1) n'aura pas fait autoriser par le juge la donation qu'il fait de son droit, il restera responsable, vis-à-vis du fisc, de la solvabilité du donataire.

On a voulu conclure de la spécialité de ce texte que la décision eût été différente dans le cas où l'aliénation aurait eu lieu à tout autre titre que celui

(1) On se rappelle qu'à cette époque la condition de l'emphytéote et celle du « perpetuarius » étaient assimilées.

de donation. Mais, outre que cette distinction ne repose sur aucun texte (1) et qu'on n'en saurait donner aucune raison, elle vient échouer contre le texte de la loi 3. C. J. *de fund. rei priv.*, qui établit en principe général la responsabilité du « perpetuarius » originaire, sans faire aucune distinction entre les différents titres de cession.

3. — Cujas, dans son commentaire sur la constitution précitée de Constantin, en a tiré une autre conséquence, qui ne paraît pas plus exacte. Il pense que l'aliénation sans autorisation du juge, même à la charge de rester caution du cessionnaire, n'était admise que dans le cas de donation.

Mais l'autorité de Cujas ne saurait prévaloir contre l'objection invincible qu'on peut tirer contre sa doctrine de la loi 3. C. J. *de fund. rei priv.* Suivant son opinion, cette loi doit être appliquée au cas d'une vente autorisée. Or, quelle est la peine dont Constantin menace le « perpetuarius » qui ne

(1) On allègue plusieurs textes dans lesquels il est question de l'aliénation du droit sans qu'on requière aucune condition. Mais d'abord M. Vuy fait très-bien remarquer qu'il s'agit dans ces textes des résultats de l'aliénation consommée, et nullement des conditions de l'aliénation. On peut ajouter que ces textes prouveraient trop, puisqu'il y en a qui se rapportent spécialement à des cas de donation (C. 5. C. J. *de loc. præd. civ.* § 3. Inst. *loc. cond.*) ; ce qui constituerait une véritable antinomie, si l'interprétation combattue était juste.

ferait pas autoriser sa donation par le juge? Il restera garant de la solvabilité de son locataire. Ainsi, la condition du donateur qui ne s'est pas fait autoriser serait égale à celle du vendeur qui aurait obtenu l'autorisation!

4. — Maintenant, on peut aborder la question que se pose M. Vuy : (1)

L'autorisation demandée pouvait-elle être accordée ou refusée à l'arbitraire du juge? ou bien y avait-il certaines règles fixes auxquelles il devait se conformer?

Peut-être y a-t-il une autre réponse à faire à cette question que de dire avec M. Vuy, que les sources sont muettes sur ce point; qu'une seule chose est constante, la nécessité de l'autorisation. En effet, si l'autorisation n'était pas abandonnée à la discrétion du propriétaire (car le juge représente ici le propriétaire), je ne sais comment on pourrait s'expliquer historiquement l'origine de ce droit, accordé plus tard par Justinien, au propriétaire, de prélever un cinquantième de la valeur de la chose à chaque mutation à titre singulier.

5. — Abordons maintenant la partie la plus

(1) *Op. laud.* p. 121. *in fine.*

difficile de notre tâche, en essayant de déterminer la condition du « perpetuarius » sous le point de vue fiscal.

Rappelons d'abord que le concessionnaire d'un « ager vectigalis » était tenu de l'impôt foncier qui pesait sur les terres qu'il cultivait, et tirons de là cette conséquence que le « perpetuarius », d'après la nature de son droit, aurait été certainement tenu de ces charges, si elles avaient pesé sur les terres qui lui étaient concédées.

Ainsi, la question devient celle de savoir si les terres qui faisaient l'objet du « jus perpetuum » étaient ou non soumises à l'impôt foncier.

6. — Que les terres du domaine municipal fussent soumises à l'impôt foncier, comme les terres des simples particuliers, c'est ce qui ne saurait souffrir le moindre doute. On a vu que telle était leur condition au temps des jurisconsultes classiques, et il serait surprenant que le fisc se fût volontairement privé de cette ressource au Bas-Empire.

On pourrait croire que les « fundi sacrorum templorum », c'est-à-dire les biens des églises, étaient plus favorablement traités que les biens des cités. Effectivement, Constantin accorda l'im-

munité aux biens ecclésiastiques (1) ; mais il est certain que ce privilége onéreux pour l'état leur fut retiré sous le règne de Constance (2).

7. — Restent les « fundi patrimoniales » et les « fundi rei privatæ », entre lesquels il existait certainement une très-grande affinité, mais qu'on est bien forcé de distinguer, puisque les sources les distinguent expressément (3), sans nous en faire connaître la différence.

Or, en ce qui concerne les « fundi rei privatæ », des renseignements précis nous prouvent qu'ils étaient exempts de l'impôt foncier (4). Mais ces textes ne parlent que de cette classe de fonds, sans faire mention des « fundi patrimoniales » ; et puisque nous avons vu d'autres textes distinguer formellement ces deux classes de terres, il serait téméraire de conclure de l'immunité des unes à l'immunité des autres.

Aussi M. Wenck, dans son édition des cinq premiers livres du Code Théodosien, exprime-t-il

(1) C. 1. C. Th. *de ann. et trib.* XI. 1.
Les biens mêmes des « clerici » jouirent quelque temps de l'immunité. C. 10. 14. C. Th. XVI. 2.
Elle leur fut retirée. C. 15. *ibid.*
(2) C. 40. C. Th. XVI. 2. comp. C. 15. *ibid.*
(3) C. 19. C. Th. V. 13. Comp. Vuy. *op. laud.* p. 95.
(4) C. 1. C. Th. *de ann. et trib.* XI. 1.

plusieurs fois cette opinion, que les « fundi rei privatæ » étaient exempts de l'impôt foncier (1), et que les « fundi patrimoniales » y étaient soumis.

Ce n'est pas sur ce point que je me permettrai de le contredire ; mais je suis convaincu qu'il est dans l'erreur, quand il croit trouver des traces de cette distinction dans deux constitutions du Code Théodosien qui se rapportent à un tout autre ordre d'idées.

8. — En effet, celle des deux constitutions citées par M. Wenck qui se prête le mieux à son interprétation, c'est, incontestablement, la loi 19. C. Th. v. 13. Elle est ainsi conçue :

« Fundi emphyteutici patrimonialisque juris in
« antiquum jus præstationemque redeant, ne
« quoque exempti ab emphyteutico patrimoniali-
« que titulo, veluti privato jure teneantur. »

Suivant M. Wenck, les empereurs auteurs de cette constitution ont voulu rappeler, par ces derniers mots, la ligne de démarcation entre les « fundi patrimoniales » et les « fundi rei privatæ ». Dans cette interprétation, l'expression « veluti privato

(1) Je n'ai pas eu entre les mains l'édition de M. Wenck; mais son opinion se trouve rapportée deux fois dans l'édition du Code Théodosien de Hœnel, faisant partie du « Corpus juris antejustinianei » publié par les professeurs de Bonn (Voy. C. 17. C. Th. v. 13. not. *m*. C. 19. *ibid*. not. *u*).

jure teneantur » serait mise en opposition avec cette autre expression « fundi patrimonialis juris ».

Cette interprétation ne saurait se soutenir en présence de la distinction que nous avons faite entre le « privatum jus » et le « perpetuum jus », laquelle rend parfaitement raison de la constitution précitée ; tandis que M. Wenck lui donne la torture par son interprétation.

Il faut donc conclure que les « perpetuarii » ou, en d'autres termes, les « emphyteuticarii » n'étaient certainement pas soumis à l'impôt foncier, à raison des « fundi rei privatæ ». Mais gardons-nous d'étendre cette conclusion aux concessionnaires des « fundi patrimoniales » ; sans affirmer toutefois que cette classe de fonds n'était pas exempte de l'impôt foncier (1).

9. — Ce qui précède ne doit s'entendre que de cet impôt foncier que les textes appellent « tributum » ; mais il n'y aurait aucune exactitude à

(1) En effet, on ne peut pas tirer une conclusion certaine de la constitution 4. C. Th. *de ann. et trib.* XI. 1 ; car elle ne spécifie pas la nature de la charge qui pesait sur les « fundi patrimoniales » ; et il est aussi facile de concevoir la raison pour laquelle ces fonds auraient été soumis à l'annone, qu'il est difficile d'imaginer une explication rationnelle de leur assujettissement à l'impôt foncier proprement dit (*tributum*).

Comparez sur ce point très-incertain : C. 2. C. Th. *de coll. fund. patrim.* C. 1 et 2. C. Th. *de extr. mun.* XI. 16.

conclure de l'exemption de cette charge à une immunité sans restriction.

On sait qu'outre le « tributum », les terres étaient encore grevées de l'annone, contribution en nature pour les approvisionnements de Rome, de Constantinople et des armées, et de cet ensemble de charges, également foncières, qu'on réunissait dans la dénomination collective de « extraordinaria sive sordida munera » (1).

En ce qui concerne l'annone, une constitution de l'empereur Constance, peu explicite dans ses termes, mais placée au Code Théodosien sous la rubrique « de annona et tributis » (L. 4. C. Th.), ne permet pas de douter que les « perpetuarii conductores fundorum patrimonialium » ne fussent soumis à cette charge.

Si l'on considère la cause et la destination de cet impôt, on sera porté à penser, malgré l'absence d'un texte positif, qu'il pesait aussi sur les « fundi rei privatæ » (2).

10. — En ce qui concerne les « extraordinaria sive sordida munera », nous ne sommes pas réduits aux inductions et aux conjectures. Il y a des textes positifs, qui, en nous donnant l'état du

(1) C'est la rubrique même du tit. XVI. L. 11. C. Th.
(2) Comp. rubr. tit. XIX. C. Th. lib. XI. et C. 3. *ibid.*

droit sur cette question à plusieurs époques du Bas-Empire, accusent énergiquement l'inconstance de sa législation.

Une première constitution de Constantin (L. 1. C. Th. *de ext. mun.* XI. 16) accorde aux « fundi patrimoniales » d'Afrique l'exemption de certaines charges. Une seconde (L. 2. C. Th. *ibid.*) étend la même immunité aux « fundi patrimoniales » d'Italie. La troisième (L. 1. C. J. *de coll. fund. patr.* XI. 19) nous montre ces fonds soumis aux charges relatives à la réparation des routes.

On pourrait conclure de ces documents divers que l'immunité des « fundi patrimoniales », en matière de « munera extraordinaria », n'était pas la règle générale (1).

Une constitution de l'empereur Constance (L. 5. C. Th. *de ext. mun.* XI. 16) prononce l'exemption complète des « fundi rei privatæ ». Une autre renouvelle l'ordonnance de Constantin (2) en fa-

(1) On pourrait en tirer aussi une induction favorable à l'opinion que ces fonds étaient exempts du « tributum ». Y a-t-il apparence qu'on eût remis les « extraordinaria munera » à des terres qui auraient été grevées du « tributum » ? Comparez n. 1. p. 46. *suprà*.

(2) Probablement elle était tombée en désuétude dans l'intervalle.

veur des « fundi patrimoniales » (L. 9. C. Th. *de extraord. mun.* XI. 16.) d'Italie.

L'empereur Julien changea complétement (1) l'état des choses, au moins en ce qui concerne les « fundi patrimoniales » (C. 2. C. Th. *de coll. fund. patr.* XI. 19); il paraît avoir maintenu l'immunité des « fundi rei privatæ » (C. 2. C. Th. *de act. proc., etc.* X. 4).

Il paraît que Valentinien Ier ramena les choses à l'état où elles se trouvaient sous l'empereur Constance. Les empereurs Arcadius et Honorius renouvelèrent son ordonnance par la loi 4. C. Th. *de coll. fund. patr.* XI. 19 (2), afin de faire cesser des abus contraires. Toutefois l'immunité dont jouissaient les « perpetuarii » ne s'étendait pas aux charges relatives à l'entretien et à la réparation des routes (LL. 3. 4. C. Th. *de itin. mun.* XV. 3).

Enfin une constitution d'Honorius et de Théo-

(1) Il s'exprime ainsi : « Omnes, qui patrimoniales fundos re- « tinent, pro his conveniendi sunt ad universorum munerum « functiones. »

Il ne faudrait pas conclure (comme M. Vuy, p. 137, not. 301) que ce texte soumet les fonds dont il parle à l'impôt foncier proprement dit. D'abord l'expression « munus » n'est pas usitée pour désigner le « tributum »; et puis, ce que la constitution a de général se justifie très-bien par les distinctions de celle de Constantin, avec laquelle il faut la combiner.

(2) C'est par cette constitution que nous connaissons celle de Valentinien.

dose (L. 2. C. Th. *de indict.* XI. 5) soumit tous les possesseurs de terres du domaine, à quelque titre que ce fût, à la prestation de tous les « munera extraordinaria... » Peu après, cette constitution fut renouvelée par une autre de Théodose et de Valentinien ; mais avec cette restriction, dont il n'est pas facile de déterminer aujourd'hui la portée : « excepto patrimonio pietatis nostræ, cujus quidem « reditus necessitatibus publicis frequentissime « deputamus » (1).

(1) C. 36. C. Th. *de ann.* XI. M. Vuy, *op. laud.* p. 141, note 315, affirme sans hésitation que cette restriction porte exclusivement sur les « fundi rei privatæ ». Il a peut-être raison ; mais, assurément, sans preuve.

DEUXIÈME PARTIE.

THÉORIE DE L'EMPHYTÉOSE DANS LE DROIT ROMAIN.

§ Ier.

Utilité des prolégomènes qui précèdent.

Il était indispensable d'entrer dans les détails qui précèdent, sur l'histoire de l'emphytéose : non-seulement parce qu'on ne connaît jamais bien le caractère d'une institution, quand on ne connaît pas son origine et toutes les phases successives de son développement, mais surtout parce qu'il serait impossible d'arriver à une théorie à peu près complète de l'emphytéose proprement dite, si, pour suppléer aux omissions nombreuses de la constitution de Zénon et des deux autres de Justinien, qui composent le texte du Code « de jure emphyteutico », on ne pouvait recourir aux documents qui nous restent sur la location perpétuelle de « l'ager vectigalis », des « fundi patrimoniales », des « fundi rei privatæ » et des « fundi sacrorum templorum ».

§ II.

Texte de la constitution de Zénon, C. 1. C. J. *de jure emphyteutico.*

Nous voici maintenant en présence de la constitution de Zénon, qui a été le point de départ de notre travail, et dont nous avons été obligé de nous écarter à l'instant même, pour en rechercher tous les antécédents historiques.

Cette constitution pose l'emphytéose comme une institution « sui generis ». Elle entreprend d'en déterminer la nature, mais non pas avec tant de bonheur qu'elle ait prévenu tout débat ultérieur sur ce point. Jusqu'à ce jour, les interprètes n'ont pu s'accorder sur la nature du droit de l'emphytéote.

Cette constitution marque une époque trop importante dans l'histoire de l'emphytéose, et les termes en sont d'ailleurs trop précieux pour la doctrine, pour que nous puissions nous dispenser de la transcrire.

« Jus emphyteuticarium neque conductionis, « neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed « hoc jus tertium esse constituimus ab utriusque « memoratorum contractuum societate seu simi- « litudine separatum, conceptionem item defini-

« tionemque habere propriam, et justum esse va-
« lidumque contractum, in quo cuncta, quæ inter
« utrasque contrahentium partes super omnibus,
« vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scrip-
« tura interveniente, habitis placuerint, firma illi-
« bataque perpetua stabilitate modis omnibus de-
« beant custodiri ; ita ut, si interdum ea, quæ for-
« tuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint
« conventione suscepta, si quidem tanta emerserit
« clades, quæ prorsus etiam ipsius rei, quæ per
« emphyteusim data est, faciat interitum, hoc non
« emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit,
« sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat,
« etiam nullo intercedente contractu, habiturus
« fuerat, imputetur. Sin vero, particulare vel aliud
« leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei
« penitus lædatur substantia, hoc emphyteutica-
« rius suis partibus non dubitet adscribendum. »

§ III.

L'emphytéose s'appliquait aux fonds de terre des particuliers.

Cette constitution est la première du titre du Code de Justinien « de jure emphyteutico », qui vient immédiatement après le titre où il est traité du contrat de louage. Il semble donc que les deux contrats sont également de droit commun.

Cette induction est pleinement confirmée par les termes, tant de la constitution de Zénon que de celles de Justinien, qui opposent constamment le « dominus » à « l'emphyteuticarius ». Aussi n'est-il venu à l'esprit de personne de soutenir que l'emphytéose ne s'appliquait pas aussi bien aux terres des particuliers qu'à celles du domaine impérial.

Il faut encore remarquer que la constitution de Zénon, qui s'applique avec tant de soin à distinguer l'emphytéose de la vente et du louage, ne prend même pas la peine de dire en quoi consiste ce contrat : tant elle en suppose la notion familière. Ce n'est que par le passage plus explicite des Institutes (1) que nous savons positivement que l'emphytéose proprement dite, comme l'emphytéose des terres du domaine impérial, était la concession à perpétuité de la jouissance d'un fonds de terre ou de tout autre immeuble (2).

Dans les deux cas, l'emphytéose n'est pas autre chose que la ressource désespérée du propriétaire, incapable de cultiver lui-même et qui ne trouve plus de fermier ; ou l'expédient du propriétaire

(1) Inst. 3. *de locat. et cond.* « ... Ut ecce de prædiis, quæ « perpetuo quibusdam fruenda traduntur... »

(2) Qu'un « prædium urbanum » pût devenir l'objet d'une emphytéose, c'est ce qui résulte positivement de la Nov. 7. C. 3. § 2, et de la Nov. 120. C. 1. § 2.

ruiné, qui ne trouve, ni dans son crédit, ni dans ses revenus, le moyen de remettre en culture ses terres qui tournent en friches, ou de relever ses bâtiments qui tombent de vétusté (1).

C'est donc en ajoutant purement et simplement à la notion que nous avions déjà de l'emphytéose l'idée de transaction privée, qu'il faut aborder l'étude de la doctrine emphytéotique.

§ IV.

Caractère du contrat d'emphytéose et nature du droit emphytéotique.

1. — Ce n'est pas sans étonnement qu'on retrouve dans la constitution de Zénon les traces d'une controverse (2) sur la nature de l'emphytéose, analogue à la controverse qui s'était autrefois élevée sur la nature de la concession à perpétuité de la jouissance d'un « ager vectigalis ».

En effet, on a vu qu'au temps de Gaïus (3) cette controverse était terminée, et qu'on s'accordait

(1) Comparez sur les désavantages de l'emphytéose pour le propriétaire, et sur la préférence qu'il donnait au bail ordinaire, quand il pouvait trouver un fermier ou un locataire, la Nov. 7. C. 3. § 1. et la Nov. 120. C. 1 et 6.

(2) La même controverse est encore indiquée par le texte déjà cité des Institutes, § 3. *de locat. et cond.*

(3) Gaïus. 111. 145. Comp. *suprà*, vi. § 2. *in fine*.

à ne reconnaître dans ce contrat qu'une particularité du contrat de louage. Plusieurs textes du Digeste (1) confirment cette interprétation de la pensée de Gaïus ; et M. Thibaut (2) a prouvé qu'on ne pouvait pas tirer parti du fragment 1. *de cond. tritic.*, même pour révoquer en doute cette opinion.

D'autre part, ce serait une erreur de croire que, dans le Bas-Empire, on ait eu sur l'emphytéose et sa nature des idées différentes de celles des jurisconsultes classiques sur la nature de la concession à perpétuité de la jouissance d'un « ager vectigalis ». On a vu les textes les plus explicites (3) se réunir pour prouver que les « emphyteuticarii » étaient simplement des « perpetuarii conductores.... » (4)

(1) Fr. 1. pr. et § 1. D. *si ager vectig.* « .... Vectigales vocantur, qui in perpetuum *locantur*.... Qui in perpetuum fundum « fruendum *conduxerunt* a municipalibus, *quamvis non efficiantur domini.*» Fr. 71. §§ 5 et 6. D. *de legatis.* «1° Si fun- « dus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus..... « *Quamvis fundus vectigalis municipum sit*, attamen quia « *aliquod jus* in eo is qui legavit habet, valere legatum. Sed et- « si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, « *non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in* « *vectigalibus fundis habemus.* » Comp. fr. 3. § 4. D. *de reb. eor. qui sub tutel.*

(2) *Dissertations*, p. 279.

(3) C. 1. C. J. *de off. comit. sac. pal.* C. 15. C. Th. v. 13.

(4) C'est l'expression même de la C. 5. C. J. *de locat. præd. civ.*

S'il y a quelques textes (1) dont les glossateurs ont cru pouvoir tirer une conséquence contraire, c'est que les glossateurs n'ont pas su faire la distinction du « jus perpetuum sive emphyteuticarium », et du « jus privatum », auquel ces textes se rapportent.

A mon sens, l'existence de la controverse que la

(1) C. 12. C. J. *de fund. patrim.*

M. Vuy (p. 117, not. 259) cite la C. 18. C. Th. v. 13, pour prouver que l'emphytéote était quelquefois qualifié de propriétaire.

On ne comprend pas comment M. Vuy a pu penser que l'emphytéote recevrait du même texte les deux qualifications contradictoires de « dominus » et de « conductor ».

Il est vrai que la constitution se sert de termes impropres, en disant, à propos de l'adjudication d'une concession emphytéotique :... « Nec prius *ejus dominio*, qui cæteros oblatione superavit, *perpetuæ firmitatis robur* accedat, quam si super pensionis modo, *conductoris nomine*, entheca quantitate, nostræ tranquillitatis arbitrium, fideli ratione consultum, observanda præscripserit. »

Mais ce qu'il y a d'impropre dans l'expression « ejus dominio » est suffisamment démontré par la qualification de « conductor ».

Il n'y a pas d'empereur, qui, mieux que Théodose, ait marqué la différence entre la « *perpetua firmitas* » et la propriété, dans la C. 52. C. J. *de loc. præd. civ.* :

« .... Rem divinæ domus suæ imperator, si velit, donabit ei qui eam possidet jure perpetuo.... Videtur enim suam concedere pensionem, non alteri nocere liberalitas, quæ possidentem jure perpetuo dominum vult vocari. »

M. Vuy (*ibid.*) cite encore, à l'appui de la même thèse, un texte qui la condamne formellement (C. 4. C. J. *de fund. patrim.*) : « *Neque enim magis commodamus* nostra, *quam tradimus ea jure dominii.* »

constitution de Zénon eut pour objet de faire cesser, ne peut s'expliquer que de la manière suivante : lorsque les particuliers empruntèrent à l'administration du domaine impérial l'usage des concessions à perpétuité de la jouissance de leurs fonds, on dut se demander s'il n'y avait pas une différence grave entre la portée d'une semblable concession, lorsqu'elle émane d'un particulier, ou lorsqu'elle émane de l'état ; et, par suite, si c'était le « jus privatum » ou le « jus perpetuum », qui devait servir de type au nouveau droit.

2. — Puisque Zénon attribuait au droit emphytéotique une nature propre, et qui ne lui était pas encore reconnue par tous, il était essentiel qu'il l'expliquât de manière à ne laisser aucun doute. Malheureusement, il ne l'a pas fait, et les interprètes, ayant à déterminer l'étendue du droit de l'emphytéote sur la chose qui lui était concédée, ont eu d'abord à résoudre la question de savoir quelle était la nature de ce droit.

Sur cette question, les solutions les plus opposées ont été produites, et chacune a encore aujourd'hui ses partisans.

§ V.

Controverse sur la nature du droit emphytéotique.
1. Opinion des glossateurs.

La plus ancienne est celle qui était unanimement admise par l'école des glossateurs.

Ces premiers venus dans la science du droit romain, dont les nombreuses méprises ne doivent point faire oublier les immenses services, prirent à la lettre la synonymie que Tribonien établit rétroactivement, au Digeste, entre les expressions « ager vectigalis » et « ager emphyteuticarius »; et, dans le Code, ne firent aucune distinction entre l'emphytéose dont il est question au livre IV, sous le titre « de jure emphyteutico », et celle à laquelle se rapportent plusieurs titres du livre XI relatifs à l'administration du domaine impérial. En présence de quelques textes, qui réservaient formellement le « dominium » à celui qui faisait la concession, et de quelques autres qui semblaient qualifier l'emphytéote de « dominus », ils trouvèrent dans les idées de leur temps un moyen d'échapper à la contradiction, qui semblait flagrante. C'était le temps de la féodalité, et les jurisconsultes de ce nouveau régime rattachaient à une fiction de droit éminent de propriété les droits de suzeraineté,

comme, dans l'antiquité, les jurisconsultes romains expliquaient par une fiction analogue la soumission des terres provinciales à payer un tribut au trésor public. Travestissant cette idée en termes empruntés à la langue latine, mais étrangers au droit romain (1), ils concilièrent les textes en rapportant à un prétendu « dominium directum » ceux qui réservaient la propriété à l'auteur de la concession, et à un prétendu « dominium utile » ceux qui semblaient attribuer la propriété au concessionnaire (2).

§ VI.

2. Opinion de Cujas et de Doneau.

Mais lorsque l'esprit critique et historique de l'école du seizième siècle remplaça l'esprit scolastique des plus anciens interprètes, on reconnut qu'en droit romain, le préteur pouvait bien accorder une « actio in rem utilis », à celui qui ne saurait se dire propriétaire « ex jure Quiritium » ; mais que ce droit de propriété effective en vertu du droit des gens excluait absolument tout exercice du droit de propriété que la loi civile reconnaissait

(1) Comparez Thibaut, *Essais*, 2e vol., 3e Dissert. sur le « dominium directum » et le « dominium utile ».

(2) Cette opinion surannée a encore été défendue en Allemagne par Gluck, dans son commentaire sur les Pandectes, après que Thibaut en eut démontré toute la vanité.

à une autre personne. Aussi les jurisconsultes les plus illustres, Cujas (1), Doneau (2), par exemple, abandonnèrent-ils l'opinion des glossateurs et proclamèrent-ils que le droit de l'emphytéote était simplement un droit de servitude personnelle, « jus in re aliena ».

§ VII.

3. Opinion émise par M. de Savigny.

Après Cujas et Doneau, il ne pouvait plus être sérieusement question du « dominium utile » de l'emphytéote. Aussi M. de Savigny, qui, dans la deuxième édition de son traité du droit de possession, crut devoir s'écarter de l'opinion de ces deux jurisconsultes, proposa-t-il une opinion nouvelle: à savoir, qu'avant Justinien, l'emphytéote avait le « dominium bonitarium »; et que, depuis Justinien, qui abolit le « nudum jus Quiritium », il avait un droit de propriété complet, quoique révocable.

J'emprunte l'exposé de ses arguments à son adversaire, M. Thibaut (3), qui les a résumés avec impartialité, avant de les réfuter.

Suivant M. de Savigny, le « dominium boni-

(1) Observ. VII. 4. *Recit. solemn.* ad. tit. D. *si ager vectig.*

(2) *Comment. jur. civ.* IX. 13. §§ 1. 2. 3.

(3) *Dissert. sur le droit civil.* 11e Dissert. *sur la nature du droit de l'emphytéote*, p. 266-284.

tarium » de l'emphytéote, avant Justinien, aurait été prouvé :

D'abord, par cette circonstance certaine, qu'une partie des jurisconsultes romains considéraient comme une vente le contrat emphytéotique, assimilé à la concession à perpétuité d'un « ager vectigalis » (1);

Mais surtout par cette autre circonstance, que le droit des Pandectes assimile toujours le concessionnaire d'un « ager vectigalis », non pas à l'usufruitier, mais au « dominus bonitarius », en lui faisant gagner les fruits par la seule séparation du sol, en lui accordant les actions « arborum furtim cæsarum » et « aquæ pluviæ arcendæ »; enfin, en le dispensant de la caution « judicio sistendi causa » ;

Or, si l'emphytéote avait le « dominium bonitarium », avant Justinien, il faut reconnaître qu'après Justinien, il a joui du droit de propriété dans toute son étendue.

Enfin, M. de Savigny croyait trouver la confirmation de son opinion dans les deux textes sui-

(1) Pour s'expliquer que M. de Savigny ait pu se faire un argument de cette circonstance, il faut remarquer que la date (1806) de la deuxième édition de son traité sur le droit de possession est très-antérieure à la découverte des Institutes de Gaïus.

vants : le fragment 1. D. *de cond. tritic.* qui attribue le « fundus » au concessionnaire d'un « ager vectigalis », et qui l'oppose à ceux qui n'avaient sur la chose qu'un simple « jus in re alienâ »; la C. 12. C. J. *de fund. patrim.*, qui accorde aux emphytéotes le droit d'affranchir les esclaves attachés aux fonds : « *quum fundorum sint domini* ».

§ VIII.

4. Réfutation de cette opinion par M. Thibaut, et rétractation de M. de Savigny.

Il importe de remarquer que M. de Savigny, en proposant cette solution, n'avait point en vue de déterminer avec précision l'étendue des droits qui appartiennent à l'emphytéote. Il cherchait un moyen d'échapper à la contradiction qu'il remarquait entre le principe du droit romain, en vertu duquel le bénéfice de la possession n'appartient qu'à celui qui possède « animo domini », et la disposition formelle (1) qui déclare « possessor » le concessionnaire d'un « ager vectigalis ». Aussi lorsque ses profondes recherches lui eurent découvert la solution historique de cette difficulté, il n'hésita pas à reconnaître hautement(2) la justesse des raisons par lesquelles M. Thibaut avait combattu son opinion.

(1) Fr. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.*
(2) *Traité du droit de possession*, 6e édit., p. 124, not. 3.

En effet (1), le fragment 1. § 1. D. *si ag. vectig.* ne suffisait-il pas pour détruire ce système, dans lequel on attribue à l'emphytéote (2) le « dominium bonitarium »? Le fragment *de cond. tritic.*, qui est d'Ulpien, pourrait-il prévaloir contre le fragment 3. § 4. D. *de reb. eor. qui sub tut.*, du même auteur, qui ne reconnaît au concessionnaire d'un « ager vectigalis » que le « jus prædii »? La C. 12. C. J. *de fund. patrim.* n'est-elle pas complétement en dehors de l'hypothèse d'une emphytéose pure et simple? Il est vrai que quelques-uns des droits, qui constituent la propriété, ont été transférés à l'emphytéote avec le droit perpétuel à la jouissance; mais est-ce une raison pour le déclarer propriétaire? Le créancier gagiste a bien le droit d'aliéner, et l'usufruitier peut bien construire sur un fonds rural (3), pourvu que le revenu soit augmenté par l'effet de ces constructions. Enfin, la C. 8. C. J. *de fund. patrim.*, antérieure à Justinien, et qui distingue formellement

(1) Je ne parle pas du passage de Gaïus (111. 145) qui n'était pas encore connu à l'époque de cette controverse.

(2) Il est vrai que le texte cité ne parle que du concessionnaire d'un « ager vectigalis ». Mais l'objection ne pouvait être récusée par M. de Savigny, qui raisonnait dans l'hypothèse d'une identité absolue entre la position de ce concessionnaire et celle de l'emphytéote.

(3) Fr. 13. § 5. D. *de usuf.*

le droit emphytéotique de la propriété; la Nov. 7. C. 1, où Justinien remarque que l'emphytéose « non procul ab alienatione constat », ne réduisent-elles pas formellement l'emphytéote au « jus in re aliena » (1)?

§ IX.

5. Opinion de MM. Du Roi et Buchel. — Conclusion.

Une dernière et toute moderne solution de cette question si controversée consiste à soutenir que l'emphytéose n'est même pas un droit réel. Cette opinion, qui n'est pas aujourd'hui encore sans partisans (2), avait été proposée par Du Roi (3), qui paraît l'avoir ensuite abandonnée (4). Il suffira, pour repousser cette opinion, de faire remarquer, avec M. Thibaut, qu'elle rendrait tout à fait inconcevable la controverse qui s'était élevée entre les jurisconsultes romains sur la nature de l'emphytéose, et qu'elle est incompatible avec les textes qui accordent à l'emphytéote le « jus prædii »,

(1) Comp. la dissertation citée de M. Thibaut.

(2) M. Vuy, p. 209, n. 450, cite M. Buchel.

(3) Dans l'ouvrage intitulé *Specimen observationum de jure in re*, et cité par M. Thibaut dans sa dissertation.

(4) Du moins M. Vuy (p. 209, n. 449) le cite parmi les défenseurs de l'opinion des anciens glossateurs, et indique un autre ouvrage de cet auteur.

et déclarent que son droit est voisin de celui de propriété.

Concluons donc, avec Cujas, Doneau et M. Thibaut, que le droit emphytéotique n'est autre chose qu'un «jus in re aliena».

§ X.

Étendue des droits de l'emphytéote.
1. Mode de jouissance.

L'emphytéote aura le droit de jouissance le plus étendu, et certainement ce droit comprendra la faculté, qui n'est pas absolument refusée à l'usufruitier (1), de changer la face des choses, pourvu que ce changement produise une amélioration. On peut même aller plus loin et admettre que celui qui a, pour lui et ses successeurs, la perspective d'une jouissance perpétuelle de la chose, aura plus de latitude que l'usufruitier, dont le droit est purement viager. En un mot, on peut lui reconnaître le droit de faire des changements de simple convenance; mais il n'aura certainement pas le droit d'altérer, par ces changements, la valeur de la chose (2).

Il est vrai que le seul texte qui contient cette

(1) Fr. 13. § 5. D. *de usuf.*
(2) Nov. 7. C. 3. § 2.

décision, est spécial à l'emphytéose des biens ecclésiastiques, qui ne pouvait pas être faite à perpétuité. A la rigueur, on pourrait dire qu'il en doit être autrement lorsqu'il s'agit d'une emphytéose perpétuelle ; cependant, si l'on réfléchit que cette restriction avait un grand intérêt pour le propriétaire, entre les mains duquel la chose pouvait un jour rentrer ; que la détérioration, imputable au concessionnaire d'un « ager vectigalis », dont le droit était également perpétuel, était certainement une cause de déchéance (1) ; que la même déchéance était formellement prononcée contre l'emphytéote du domaine impérial (2), on aura peine à croire que la décision de la novelle soit exclusivement propre à l'emphytéose des biens ecclésiastiques. Autrement, quelle différence y aurait-il entre le droit de l'emphytéote et celui du propriétaire? quel intérêt y aurait-il eu à distinguer si soigneusement le contrat emphytéotique de la vente ?

§ XI.

2. Du trésor trouvé dans le fonds.

A l'égard du trésor découvert dans le fonds em-

(1) C'était la conséquence de la doctrine qui assimilait cette location à un louage.

(2) C. 3. C. J. *de colon. et mancip. patrim.*

phytéotique, on ne voit pas à quel titre il pourrait appartenir à l'emphytéote. Ce n'est pas un gain qui puisse rentrer en aucune manière dans la jouissance de la chose, ni une valeur qui puisse être considérée comme un produit de l'exploitation.

Le bénéfice d'une semblable accession ne saurait appartenir qu'à celui qui a sur le fonds le droit de propriété. Aussi n'y a-t-il guère que ceux qui attribuent à l'emphytéote le « dominium utile » dont l'opinion lui soit favorable dans cette question spéciale (1).

On peut dire, en général, que tous les droits de l'usufruitier doivent appartenir *à fortiori* à l'emphytéote, et qu'il y a lieu d'imposer à son droit les mêmes restrictions (2).

§ XII.

3. De l'affranchissement des esclaves du fonds.

Cujas attribuait à l'emphytéote le droit d'affranchir les esclaves du fonds. Il appuyait son opinion

(1) Cependant Mühlenbruch, *Pand.* § 299, not. 2, cite quelques auteurs qui ne sont point dans ce cas.

(2) Comp. fr. 9. § 4, *in fine*. D. *de usuf.*

Dumoulin, sur le titre du Code *de jure emphyteutico*, semble disposé à traiter plus favorablement l'emphytéote. Mais il est sous l'influence des idées de son temps.

sur la constitution 12. C. J. *de fund. patrim.* (1). A ses yeux, ce droit de l'emphytéote était un des attributs essentiels de sa condition, un de ceux par lesquels elle se distinguait de la condition des « perpetuarii conductores ».

Mais cette constitution ne prouve rien en faveur de cette opinion, puisqu'elle dispose pour un cas dans lequel il y avait « jus privatum », c'est-à-dire propriété ; et il n'y a aucune raison pour attribuer à l'emphytéote d'un fonds privé une faculté qui n'appartenait pas de plein droit à l'emphytéote des terres du domaine impérial.

§ XIII.

4. Du droit de constituer des servitudes.

De vives controverses se sont élevées entre les interprètes sur la question de savoir si l'emphytéote pouvait constituer des servitudes sur le fonds dont il avait la jouissance. Elle a été traitée par M. Thibaut et résolue par lui avec sa sagacité ordinaire (2).

Il montre d'abord qu'il ne faut pas s'arrêter à cette considération, que l'emphytéote ne peut pas

(1) V. le comment. de Cujas sur cette constitution et sur la C. 1. C. J. *de loc. præd. civ.*

(2) *Essais*, tom. 2. Dissert. XV. § 1.

détériorer le fonds : car les servitudes consenties par un emphytéote ne pouvant pas avoir plus de durée que le droit de cet emphytéote lui-même sur le fonds, on ne voit pas en quoi les servitudes urbaines « altius non tollendi », « fluminis recipiendi », etc., empireraient la condition du propriétaire lorsqu'il viendrait à rentrer dans la jouissance de son fonds. D'autre part, il prouve fort bien qu'on ne peut pas conclure du droit d'aliéner le droit emphytéotique au droit de constituer une servitude : en effet, le propriétaire n'a rien à redouter du résultat d'une aliénation, tandis qu'il y a certaines servitudes dont l'exercice pourrait causer au fonds un préjudice réel et irréparable. Enfin, il établit que l'emphytéote a sans doute le pouvoir d'autoriser un tiers à faire tous les actes qu'il pourrait faire lui-même ; mais qu'il ne peut constituer un droit réel au profit de celui à qui il accorde cette autorisation. La raison est, que les actions réelles sont, en droit romain, des prérogatives singulières qui ne sauraient exister sans une disposition expresse de la loi : d'où il suit que celui qui a un droit de cette nature peut bien le transférer intégralement à un tiers, mais qu'il n'est pas libre de multiplier les actions réelles, en le fractionnant.

§ XIV.

Obligations de l'emphytéote.
1. Obligation d'acquitter les charges publiques.

Les obligations principales de l'emphytéote sont celles de payer le canon, d'acquitter les charges publiques qui pèsent sur le fonds et de l'entretenir comme doit faire un bon administrateur.

Il ne s'agit pas maintenant d'examiner ces diverses obligations sous le point de vue de la sanction qui y est attachée. Ce point de vue se présentera plus tard, lorsque nous serons arrivé aux causes d'extinction de l'emphytéose.

Il ne s'agit maintenant que de déterminer en quoi consistent ces obligations.

Il n'y a qu'un mot à dire sur l'obligation d'acquitter les charges publiques : l'emphytéote est tenu de les acquitter toutes, sans distinction. Cette obligation résulte nettement de la constitution de Justinien, qui forme la constitution 2 du titre du Code *de jure emphyteutico* (1).

Remarquons qu'aux termes de la constitution citée, l'emphytéote n'est pas seulement tenu à l'égard du fisc, comme possesseur, mais qu'il est tenu

(1) ... « Si... neque pecunias solverit, neque apochas domino « tributorum reddiderit. » C. 2. C. J. *de jur. emph.*

à l'égard du propriétaire, qu'il doit libérer de sa responsabilité envers le fisc.

§ XV.

2. Obligation de payer le canon annuel.

1. — Si l'opinion qui assimilait le contrat emphytéotique à la vente avait prévalu, le canon annuel n'eût pas été autre chose que le prix; et comme il est de la nature de l'obligation de l'acheteur de subsister, lorsque celle du vendeur est éteinte, l'emphytéote serait certainement demeuré obligé à payer le canon, après que la chose aurait péri.

Mais on a vu que cette opinion n'avait pas prévalu. L'empereur Zénon, en refusant de conserver à l'emphytéose le caractère d'un simple louage, avait expressément décidé que l'obligation de payer le canon annuel cesserait de peser sur l'emphytéote, si la chose venait à périr (1).

Il avait, en même temps, décidé que la quotité du canon ne serait pas modifiée, à raison des changements qui pourraient survenir dans la

(1) «.... Ita ut si interdum ea quæ fortuitis casibus eveniant, « pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta « emerserit clades quæ prorsus ipsius rei... faciat interitum, hoc « non emphyteuticario... sed rei domino... imputetur. » C. 1. C. J. *de jur. emphyt.*

condition de la chose par cas fortuit, aussi bien dans le cas d'amélioration que dans celui de détérioration (1).

2. — En présence de ces décisions, on a posé la question de savoir si, en cas de stérilité, il faudrait accorder à l'emphytéote la remise qui peut être réclamée par le simple « conductor »?

Il ne paraît pas probable que la solution affirmative eût trouvé des défenseurs, sans la disposition du fragment 15. § 4. D. *locati* (2), qui, dans le cas fort analogue de la concession d'un « ager vectigalis », accordait cette remise. Or, ne semble-t-il pas permis de conclure de la rubrique du titre 3, livre VI, des Pandectes, que Justinien a entendu appliquer à l'emphytéose tout ce qu'il jugeait à propos de conserver de la doctrine sur la concession d'un « ager vectigalis ».

Mais, en admettant que telle ait été l'intention de Justinien, n'y aurait-il pas quelque témérité à conclure que tout ce qui se rapporte, même incidemment, à « l'ager vectigalis », dans les fragments

(1) «... Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, « ex quo non ipsa rei penitus lædatur substantia, hoc emphy- « teuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. » *Ead. constitut.*

(2) C'est l'argument tiré de ce texte qui a évidemment déterminé l'opinion de Mühlenbruch. *Pand.* § 300. not. 5.

insérés au Digeste, doit toujours être étendu à l'emphytéose?

Malgré la légitime autorité qui s'attache aux décisions de Papinien, il est permis de douter qu'il y eût juste raison de mettre ici sur la même ligne le simple fermier et le concessionnaire d'un « ager vectigalis »..... Que dit Papinien dans le fragment cité? Que la remise du canon n'est que provisoire; qu'elle sera rétractée, si l'abondance des années suivantes fournit une compensation pour la stérilité accidentelle de l'année, à raison de laquelle la remise a été faite. Or, ne doit-on pas considérer que cette compensation se fera, nécessairement, pendant la durée perpétuelle de la jouissance du concessionnaire ou de ses successeurs?

Enfin, il importe de remarquer que cette décision date d'une époque à laquelle la concession à perpétuité de la jouissance d'un « ager vectigalis » était réputée simple location; et qu'aux termes de la constitution qui refuse à l'emphytéose le caractère de vente, ce contrat est néanmoins quelque chose de plus qu'une simple location. Le « vectigal » était véritablement la représentation de la valeur de la jouissance, au lieu que le canon était toujours sensiblement inférieur au taux des fer-

mages (1). D'ailleurs la constitution de Zénon ne fait-elle pas supporter à l'emphytéote tout accident, « ex quo non ipsa læditur rei substantia » ?

3. — Il paraît que, parmi les auteurs qui ne reconnaissaient point à l'emphytéote le droit de demander la remise pour cause de stérilité, quelques-uns (2) la lui accordaient au cas d'invasion d'une armée ennemie, d'une inondation, etc. Mais, comme le fait très-bien remarquer M. Thibaut, cette décision implique le « postulatum » que le canon est payé à raison de la jouissance et calculé, comme le fermage, sur la quantité exacte des fruits : or, cette idée n'est pas applicable à l'emphytéose.

§ XVI.

3. Obligation d'entretenir.

L'emphytéote ne peut avoir la jouissance de la chose qu'à la condition de l'entretenir : car la laisser dépérir, faute d'entretien, ce serait véritablement la détériorer.

On a été quelquefois plus loin : on a dit que l'emphytéote était tenu d'améliorer.

(1) Comp. Nov. 7. C. 3. § 1 ; Nov. 120. C. 1. § 2. — Thibaut, *Essais*, tom. II. Dissert. XV. § 3, *in principio*.
(2) M. Thibaut, *ubi suprà*.

Si l'on a voulu dire que l'emphytéote serait tenu de cultiver le sol qui lui serait concédé en friches, ou de faire les réparations nécessaires à un bâtiment qu'on lui aurait livré en mauvais état, peut-être a-t-on raison, parce que dans ces circonstances le bail emphytéotique n'a pu être déterminé, de la part du propriétaire, que par le désir de faire exécuter par un autre ce qu'il était incapable de faire lui-même. En tout cas, il est incontestable que l'emphytéote qui aurait remis la terre en culture ou réparé l'édifice, ne pourrait pas les laisser ensuite retourner en friches ou retomber en ruines, sous prétexte qu'il ne les avait pas reçues, du propriétaire, en meilleur état.

L'obligation de l'emphytéote d'améliorer la chose ne peut pas avoir d'autre portée; on ne concevrait pas qu'en l'absence de toute clause spéciale, le propriétaire pût agir contre l'emphytéote, pour le forcer à faire tel ou tel ouvrage qui améliorerait le fonds.

Aussi, n'est-ce pas en vue d'un pareil résultat qu'on a soutenu que l'emphytéote était tenu d'améliorer la chose. Mais on s'est prévalu de cette prétendue obligation pour attribuer au propriétaire, sans indemnité, le bénéfice des améliorations que l'emphytéote aurait pu faire de ses propres deniers.

Cette question ne se présentera que dans l'une ou l'autre de ces deux hypothèses : la déchéance de l'emphytéote ou l'extinction naturelle de son droit, par l'échéance d'un terme fixé par la convention. Dans le premier cas, une constitution de Justinien (1) a formellement prononcé qu'il ne pourrait demander aucune indemnité pour les améliorations. On a tiré de cette disposition un argument *à contrario* pour soutenir que l'indemnité serait due dans le second cas (2).

§ XVII.

Des moyens par lesquels l'emphytéote pouvait faire valoir judiciairement ses droits.

1. — Sur ce point, on ne trouve dans les sources aucun renseignement qui se rapporte spécialement à l'emphytéose proprement dite; mais nous ne saurions hésiter à lui faire l'application de la doctrine concernant la location perpétuelle de « l'ager vectigalis ». Puisque cette location donnait ouverture à une « actio in rem » au profit du preneur, pourquoi l'emphytéose ne produirait-elle pas le

(1) L. 2. C. J. *de jure emph.* « Volenti ei licere eum a « prædiis emphyteuticariis repellere, nulla ei in posterum allegatione, nomine meliorationis, vel eorum quæ emponemata « dicuntur, vel pœna opponenda... »

(2) M. Thibaut, *Pand.* § 778. not. 5.

même effet ? C'est encore ici le cas de rappeler que Justinien, rétroactivement il est vrai, mais précisément en vue de l'action réelle, identifie « l'ager vectigalis » et « l'ager emphyteuticarius » ; et que, certainement, la question de savoir si le contrat emphytéotique était une vente ne se serait pas élevée, s'il n'y avait pas eu la même raison de le croire que, plus anciennement, dans le cas de la location de « l'ager vectigalis », c'est-à-dire, si le contrat emphytéotique n'avait pas aussi donné naissance à une « actio in rem ».

Concluons donc que l'emphytéote aurait l'action réelle, pour faire valoir ses droits sur la chose, non-seulement contre un tiers détenteur, mais au besoin contre le propriétaire lui-même, ainsi que cela était formellement exprimé pour le cas de la location perpétuelle d'un « ager vectigalis ».

2. — Outre l'action réelle, l'emphytéote aura-t-il la ressource non moins précieuse, sous le point de vue pratique, des interdits possessoires ?

Sur cette question, nous avons à regretter la même absence de renseignements directs ; mais il n'est pas non plus impossible d'y suppléer.

En décidant que l'emphytéote avait « jus in re aliena » et que ce droit était garanti par une action réelle, nous avons implicitement décidé que l'em-

phytéote pouvait avoir ce que le droit romain appelait « juris quasi-possessio » (1); et, par conséquent, les interdits « velut possessoria ». On pourrait même dire ici de l'emphytéote ce que M. de Savigny dit de l'usufruitier, en d'autres termes, que de sa part la « juris quasi-possessio » sera toujours accompagnée de la « rei naturalis possessio »; et cette circonstance aurait pour lui un grand intérêt, parce que, en rapprochant sa possession de la nature de la possession du propriétaire, elle lui permettrait d'exercer les interdits « recuperandæ possessionis causa » (2).

Mais il paraît que le droit romain, inconséquent en faveur de l'emphytéote, lui avait fait la condition meilleure qu'aux autres personnes qui pouvaient avoir sur un fonds des droits de servitude personnelle. Par exception à la règle qui ne reconnaît pas de « possessio civilis » sans « animus domini », il qualifiait expressément (3) de « possessor » le concessionnaire d'un « ager vectigalis », et M. de Savigny applique sans hésiter ce texte à

(1) Savigny, *Du droit de possession*, §§ 44 et 45.

(2) La faculté d'exercer ces interdits était attachée à la quasi-possession d'une servitude personnelle, à la différence des servitudes prédiales qui n'impliquent pas, comme les premières, la « rei naturalis possessio ». Comp. Mühlenbruch. *Pand.* § 297.

(3) Fr. 11. § 1. D. *qui satisd. cog.*

l'emphytéote (1). Cette possession est du nombre de celles qu'il appelle « possessions dérivées ».

§ XVIII.

De la déchéance de l'emphytéote.

1. Observation générale.

La théorie des causes qui autorisent le propriétaire à faire prononcer la déchéance de l'emphytéote se lie étroitement à celle qui a pour objet l'étendue des droits de l'emphytéote et les moyens de faire valoir ces droits.

Cette partie de notre sujet est du petit nombre de celles sur lesquelles nous possédons des documents spécialement relatifs à l'emphytéose proprement dite. La loi 2. C. J. *de jure emphyteutico* est exclusivement consacrée à régler un des cas de déchéance. Quelques autres sont indiqués dans la troisième et dernière constitution du même titre.

Toutefois, il nous semble qu'on ne serait pas autorisé à conclure, de cette circonstance, qu'il ne saurait y avoir lieu de prononcer la déchéance de l'emphytéote pour d'autres causes que celles qui sont formellement énoncées. En effet, la matière de la déchéance n'a jamais été traitée *ex professo* par le législateur. Le titre du Code de Justinien

(1) Comp. *Traité du droit de possession*, §§ 23. 24. 25.

de jure emphyteutico n'est qu'une compilation de trois constitutions, rendues accidentellement pour trancher des controverses. Tous les points incontestés de la doctrine de l'emphytéose sont ainsi restés en dehors de ce titre.

§ XIX.

2. Déchéance pour cause de détérioration.

1. — D'après cette considération, on ne saurait hésiter à reconnaître, dans la détérioration de la chose par l'emphytéote, une cause de déchéance.

Sans compter que cette décision n'a pu souffrir aucun doute, aussi longtemps que le contrat emphytéotique a été traité comme un louage (1), on peut citer une constitution de Justinien, qui prononce formellement la déchéance de l'emphytéote pour cette cause (2).

Il est vrai que ce texte est spécialement relatif à l'emphytéose des biens ecclésiastiques ; mais rien, dans les termes de la constitution, n'autorise à penser qu'il s'agisse d'une dérogation au droit commun ; et M. Vuy fait très-bien remarquer (3)

(1) L. 3. C. J. *de locato*.
« Æde, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi..., aut tu male in re locata versata es. »

(2) Nov. 120. C. 8. *auth. qui rem.* C. de SS. Eccles.

(3) Vuy. *op. laud.*, p. 201.

que, si Justinien avait par cette disposition introduit la moindre innovation, il n'aurait pas manqué de le dire.

2. — Cette cause de déchéance admise, on a longuement discuté la question suivante : que faudrait-il décider, si, d'une part, un emphytéote avait fait subir au fonds de graves détériorations ; mais que, d'autre part, il y eût fait des améliorations considérables?

M. Thibaut (1), dans une dissertation spéciale, a donné l'analyse des moyens qu'on faisait ordinairement valoir à l'appui des diverses solutions proposées.

Hellfeld, d'après Carpzov, pensait que l'emphytéote devait être privé seulement de la partie du fonds qu'il avait détériorée ; mais cette opinion est évidemment insoutenable, en présence des termes de la novelle 120 C. 8 (2), quelle que soit, d'ailleurs, la valeur morale de ce motif, que la peine ne doit pas être plus grande que la faute.

Leyser était d'opinion qu'il s'opérait une sorte de compensation, et il appuyait cette opinion sur

(1) *Essais*, t. 11. Dissertation xv. § 2.

(2) « Et antiquum statum locatæ vel emphyteuticæ rei exigere, « et ejicere de emphyteusi sive de locatione, non valentem de « emponematis actionem aliquam contra venerabiles domos « movere... »

divers textes du droit romain (fr. 11. *in fin.* D. *de neg. gest.* (1); fr. 45. § 13 (2) D. *de jure fisci*); mais Buri soutenait que ces textes n'autorisaient en aucune façon la compensation proposée, et il insistait sur les termes absolus de la novelle précitée.

Tel est l'état dans lequel M. Thibaut a trouvé la question. Il a fait observer avec raison que Buri avait réfuté les mauvais arguments de Leyser, mais qu'il n'avait pas établi sa propre opinion. Partant ensuite de cette idée, que, détériorer une chose, c'est en diminuer la valeur, il a conclu que l'emphytéote n'était pas dans le cas de la déchéance, lorsque les améliorations faites prévenaient la diminution de la valeur totale, qui aurait pu résulter, sans cette circonstance, des dégradations commises.

§ XX.

3. Déchéance pour défaut de payement.

Quoique formellement prononcée par la consti-

(1) « Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes. Sed Proculus : interdum, ait, etiam casum præstare debere... Quod si *in quibusdam* lucrum factum fuerit, *in quibusdam* damnum : absens *pensare lucrum cum damno* debet. »

(2) Ce n'est qu'en détournant ce texte de son véritable sens, qu'on a pu l'invoquer en faveur de l'opinion rapportée dans le texte.

tution de Justinien, qui est la seconde du titre *de jure emphyteutico*, et que l'empereur a consacrée tout entière à régler cette matière, la déchéance pour défaut de payement n'en a pas moins donné lieu à plusieurs questions très-controversées.

1. — Avant tout, il importe de citer textuellement la constitution de Justinien.

« In emphyteuticariis contractibus sancimus, si « quidem aliquæ pactiones in emphyteuticis instru« mentis fuerint conscriptæ, easdem et in omnibus « aliis capitulis observari, et de rejectione ejus, « qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem « vel publicarum functionum apochas non præsti« terit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit « pactum, sed per totum triennium neque pecu« nias solverit, neque apochas domino tributorum « reddiderit, volenti ei licere eum a prædiis em« phyteuticariis repellere, nulla ei in posterum « allegatione nomine meliorationis, vel eorum quæ « emponemata dicuntur, vel pœna opponenda, « sed omni modo eo, si dominus voluerit, repel« lendo, neque prætendente, quod non est super « hac causa inquietatus, quum neminem oporteat « conventionem vel admonitionem expectare, sed

« ultro sese offerre et debitum spontanea voluntate « persolvere, secundum quod et anteriore lege « nostri numinis generaliter cautum est. Ne autem « ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteu- « tas suos repellere, et reditum minime velle sus- « cipere, ut ex hujusmodi machinatione, triennio « elapso, suo jure is, qui emphyteusin suscepit, « cadat, licentiam ei concedimus, attestatione « præmissa, pecunias offerre, hisque obsignatis et « secundum legem depositis, minime dejectionis « timere periculum. »

2. — La première question soulevée a été celle de savoir s'il était nécessaire que le défaut de payement eût été absolu, c'est-à-dire que, pendant l'intervalle de trois ans, l'emphytéote n'eût rien payé, ni sur le canon, ni sur les impôts; suivant ces termes : « ... si *neque pecunias* solverit, *neque apo-* « *chas* domino tributorum reddiderit... »

Mais Doneau (1) fait observer avec raison qu'à cet argument de texte on en peut opposer un emprunté à la même constitution : « Si solitam pen- « sionem *vel* publicarum functionum apochas non « præstiterit. »

Au surplus, il y a mieux qu'un argument de

(1) *Comment. jur. civ.* l. IX. c. XV. n° 7.

texte à invoquer. Il s'agit d'une déchéance encourue par suite de l'inexécution d'engagements : or, n'est-ce pas un principe général qu'une obligation, qui n'est pas complétement remplie, ne produit pas plus d'effet, pour la libération du débiteur, que si l'accomplissement n'en avait même pas été entrepris (1) ?

3. — On s'est ensuite demandé si le propriétaire qui, avant de provoquer la déchéance, aurait exercé des poursuites et, par ce moyen, obtenu son payement, pourrait encore demander l'expulsion de l'emphytéote ?

La solution de cette question a été donnée, en sens opposés, par Doneau et par Vinnius.

Doneau (2) fait très-bien remarquer qu'il n'y a pas d'analogie entre cette hypothèse et celle où un vendeur, au lieu de profiter du bénéfice de la « lex commissoria », aurait demandé son prix. Il y a incompatibilité entre la prétention de toucher le prix et celle de reprendre la chose. Au contraire,

(1) Thibaut. *Pand.* § 661. fr. 47. D. *de action.* E. V.
Fr. 85. § 6. D. *de verb. oblig.* « Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari ; nisi totus detur, pœna committitur centum : nec prodest partes fundi tradere, cessante una, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere. »

(2) *Comment. jur. civ.* l. IX. c. XV. n° 15.

la demande des termes échus du canon se concilie fort bien avec la volonté d'expulser l'emphytéote : il n'est même pas douteux que le propriétaire aurait le droit de faire cette demande après avoir procédé à l'expulsion de l'emphytéote. Il serait certainement injuste de le forcer à prendre cette mesure, avant de s'occuper du recouvrement de ses revenus (1).

Cependant Vinnius (2) n'admet pas que le propriétaire, après avoir poursuivi le payement de l'arriéré, puisse encore demander l'expulsion de l'emphytéote. A l'appui de cette décision, il ne propose qu'une seule raison de droit (3) : on ne peut pas, dit-il, demander à la fois « pœnam et rem ».

Il est évident que cette raison porte à faux. On ne peut entendre ici par « res » que l'arriéré dont le propriétaire a poursuivi le payement, et, par « pœna », que la déchéance dont le propriétaire

(1) Le texte de la Nov. 120 C. 8 est tout à fait favorable à cette opinion de Doneau.
« Si quis... emphyteuta... per biennium non intulerit... em-
« phyteuticum... canonem : damus licentiam venerabili domui...
« et quæ debentur... exigere, et ejicere de emphyteusi... »

(2) *Vinnii selectæ quæstiones*. II. 3.

(3) Du moins de droit romain. Nous ne pouvons ici reconnaître aucune valeur aux arguments que Vinnius emprunte au droit canonique, et qui avaient alors de la force, dans la pratique.

menace l'emphytéote. Or, l'axiome, cité par Vinnius, se réfère au cas d'une clause pénale, fixant à l'avance le dédommagement du préjudice, résultant de l'inexécution d'une convention. Si l'on applique cet axiome à la position respective de l'emphytéote et du propriétaire, la conséquence sera que ce dernier ne pourrait pas demander les termes arriérés du canon à l'emphytéote, qu'il aurait expulsé : ce qui est inadmissible.

Nous n'hésitons pas à donner à l'opinion de Doneau la préférence sur celle de Vinnius.

4. — Dans le cas où une clause pénale a été stipulée contre l'emphytéote, qui laisserait passer le délai de trois ans, sans payer exactement le canon ni acquitter les impôts; le propriétaire, qui aura touché le montant de la clause pénale, n'aura-t-il pas perdu le droit de poursuivre l'expulsion de l'emphytéote ?

Il faut remarquer que la question ne pourrait pas même s'élever, si l'emphytéote faisait offre de payer le montant de la clause pénale et voulait forcer le propriétaire, qui refuserait ces offres et poursuivrait la déchéance, à se contenter de cette réparation. Sur ce point, la constitution de Justinien est positive : « Licere eum... repellere, nulla « ei..... pœna opponenda. »

Mais Doneau et Vinnius sont encore divisés sur les effets qu'il faut attribuer au payement du montant de la clause pénale, effectué par l'emphytéote retardataire et accepté purement et simplement par le propriétaire.

Doneau (1) soutient que le propriétaire conserve encore le droit d'expulser l'emphytéote. Il convient qu'il est vrai que le propriétaire ne peut pas exiger à la fois « pœnam et rem »; mais, suivant lui, ce qu'il faut entendre par « res », c'est le canon, que le propriétaire ne pourra plus demander, après avoir reçu le montant de la clause pénale.

Quant à Vinnius (2), il se borne à présenter la solution contraire comme une conséquence de l'opinion que le propriétaire ne peut plus provoquer l'expulsion de l'emphytéote, lorsque, par ses poursuites, il est parvenu à se faire intégralement payer.

(1) *Comment. jur. civ.* l. IX. c. XV. n° 14.

(2) *Vinnii select. quæst.*, loco supra laudato.

On voit que les deux questions, sur la solution desquelles Doneau et Vinnius sont divisés, ont été traitées par ce dernier dans une même dissertation. La rubrique de cette dissertation se réfère seulement à la question dont il s'agit maintenant. Mais il est facile de reconnaître qu'il s'occupe d'abord de l'autre, dont la solution lui sert de lemme, pour résoudre celle-ci par un mot : « Igitur, si dominus non potest exigere canonem et simul exercere jus caduci, etiam recipiendo canonem oblatum caducitati « et rei vindicationi renuntiasse videtur. »

Il nous semble que la décision de Vinnius, appuyée sur d'autres motifs, doit l'emporter cette fois sur l'opinion de Doneau.

En effet, ou la clause pénale stipulée est de telle nature, qu'elle peut être cumulée avec la demande des termes arriérés du canon; ou le payement du montant de cette clause remplace pour le débiteur l'exécution de ses engagements, et le créancier ne peut plus exiger d'autre dédommagement. Dans le premier cas, il est évident que les parties ont substitué une peine conventionnelle à celle que le droit commun permet au propriétaire de réclamer pour le simple retard de l'emphytéote, c'est-à-dire la déchéance. Dans le second cas, le payement du montant de la clause pénale n'a pu être substitué par la convention au payement des termes arriérés du canon, que parce que le premier est plus avantageux pour le propriétaire que le second. Il est également impossible, dans les deux hypothèses, de supposer que les parties ont entendu qu'il y aurait deux peines pour la même faute. Tel est cependant le résultat auquel aboutit l'opinion de Doneau.

Il faut donc tenir pour certain que le propriétaire, qui a volontairement reçu le payement du

montant de la clause pénale, ne pourra plus provoquer l'expulsion de l'emphytéote.

5. — La déchéance de l'emphytéote, pour défaut de payement, avait certainement lieu de plein droit, en ce sens, que le propriétaire n'avait pas besoin d'interpeller l'emphytéote et de lui faire sommation de payer; et, que celui-ci ne pouvait prévenir son expulsion par l'offre tardive du montant de sa dette, de dommages-intérêts et même d'une clause pénale expressément stipulée pour ce cas (1).

Mais elle n'avait pas tellement lieu de plein droit, qu'un emphytéote, solvable et que le propriétaire voudrait conserver, pût acquérir le droit de se retirer et de rompre le contrat emphytéotique, en suspendant pendant trois ans le payement du canon. L'expulsion de l'emphytéote retardataire était à la discrétion du propriétaire (2).

En présence des termes formels de la constitution de Justinien, on n'aurait pas soupçonné que

(1) « Volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repel- « lere, nulla ei... pœna opponenda... neque prætendente quod « non est super hac causa inquietatus, cum neminem oporteat « conventionem vel admonitionem expectare sed ultro sese of- « ferre et debitum spontanea voluntate persolvere. » (C. 2. C. J. *de jure emph.*)

(2) « Sed omni modo eo, *si dominus voluerit*, repellendo... » (*Ead. const.*)

la question pût être soulevée. Cependant M. Vuy affirme qu'elle est controversée (1).

§ XXI.

4. Déchéance pour irrégularité dans la transmission du droit emphytéotique.

La constitution de Justinien, troisième et dernière du titre *de jure emphyteutico*, règle la transmission du droit emphytéotique et, pour sanction de ses prescriptions, prononce la déchéance de l'emphytéote, qui y aura contrevenu.

Énumérer ici ces causes de déchéance serait véritablement anticiper sur une matière, qui sera bientôt traitée avec développements. Il suffira de dire, en général, que ces diverses causes de déchéance, introduites en faveur du propriétaire, ne pouvaient être invoquées que par lui.

§ XXII.

Des autres causes d'extinction du droit de l'emphytéote.

1.—Les causes ordinaires de l'extinction, proprement dite, du droit de l'emphytéote, c'est-à-dire celles qui opèrent immédiatement cette extinction, sont les suivantes :

L'échéance du terme, lorsque, par exception,

(1) Vuy. *op. laud.*, p. 205.

il aura été stipulé que l'emphytéose aurait une durée déterminée (1);

La perte de la chose;

La confusion, résultant de la transmission, par voie de succession ou de convention, du droit de l'emphytéote au propriétaire de la chose, ou réciproquement;

La mort de l'emphytéote, sans qu'il laisse de successeurs;

La prescription de trente ans au profit du propriétaire (2);

La prescription de la propriété du fonds au profit d'un tiers.

2. — Il ne saurait être question de l'extinction du droit emphytéotique par la prescription au profit de l'emphytéote.

D'abord, il est clair que l'emphytéote ne peut pas invoquer sa possession : il est, à cet égard, dans la position d'un usufruitier ou d'un fermier.

(1) En droit romain, l'emphytéose est perpétuelle par sa nature (Inst. 3. *de locat. cond.*).

C'était par exception, et à raison d'une prohibition expresse, qu'il en était autrement de l'emphytéose des biens ecclésiastiques.

(2) « Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales « actiones ultra triginta annorum spatium minime protendan- « tur... » (C. 3. C. J. *de præscript.* XXX vel XL ann.)

Son droit ne saurait donc s'éteindre parce qu'il aurait acquis la propriété par prescription.

Mais pourra-t-il, du moins, se prévaloir de la négligence du propriétaire, qui, pendant trente ou quarante ans, n'aura fait aucun exercice de son droit de propriété? Aura-t-il le bénéfice de cette situation, décrite par la constitution 8, § 1. Cod. Justin. *de præscript.* XXX vel XL *ann.*, dans laquelle le possesseur n'a à redouter aucun trouble résultant de l'exercice d'un droit réel quelconque, mais dont tous les avantages sont subordonnés à la conservation de la possession?

Sur ce point, un autre texte du même titre nous donne un renseignement formel. Lorsque le titre de celui contre lequel il s'agit de prescrire ne lui attribue qu'un droit, en quelque sorte périodique, la prescription ne court contre lui qu'à partir de chaque échéance et ne peut lui être opposée qu'à raison de ce qu'il aurait pu demander à chacune de ces échéances. Ainsi, dans la situation supposée, le propriétaire n'aura perdu, par la prescription de trente ans, que le droit d'exiger les redevances échues depuis trente ans accomplis (1).

(1) « In his etiam promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos vel menses, aut aliquod

3. — Il paraît également impossible d'admettre l'opinion, professée cependant par de graves auteurs (1), que l'emphytéote avait toujours la faculté de renoncer à l'emphytéose.

Cette opinion ne s'appuie certainement pas sur les principes du droit commun. N'est-ce pas, au contraire, un principe général, qu'on ne peut pas se libérer de l'obligation, résultant d'un contrat, en renonçant aux droits qu'il confère ; en d'autres termes, que la résolution d'un contrat ne peut pas être l'effet de la volonté d'une seule des parties ?

Les textes ne lui sont pas plus favorables. La C. 3. C. J. *de fund. patrim.* interdit formellement à l'emphytéote de renoncer à l'emphytéose, sous

singulare tempus continent, tempora memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque, anni vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est. Nulla scilicet danda licentia vel ei, qui jure emphyteutico rem aliquam per quadraginta vel quoscumque alios annos detinuerit, dicendi ex transacto tempore dominium sibi in iisdem rebus quæsitum esse, quum in eodem statu semper manere datas jure emphyteutico res oporteat, vel conductori seu procuratori rerum alienarum dicendi, ex quocumque temporum curriculo non debere se domino, volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere, eamdem reddere. » (C. 7. § 6. C. J. *de præscript.* XXX vel XL ann.)

(1) Faber. *Cod. definit. for.* lib. IV. t. 43. *definit.* 11. — Voet. *Pand.* tit. *Si ager. vectig.* § 17. — Gluck. *Comment.* t. VIII. p. 530. — Mühlenbruch. *Pand.* § 301. not. 14.

prétexte de stérilité du fonds. M. Mühlenbruch oppose que ce texte contient une exception plutôt que la règle. Mais, évidemment, il abuse de la maxime « Qui de uno dicit, de altero negat ». On peut répondre, avec raison, que ce texte ne fait autre chose qu'appliquer au cas spécifié la doctrine, confirmée plus tard par la constitution de Zénon, que les chances de détérioration sont à la charge de l'emphytéote. Ce principe n'aurait pas eu besoin d'être aussi positivement établi, si l'emphytéote avait pu en éluder les conséquences, au moyen d'une renonciation.

M. Mühlenbruch tire un argument d'un autre texte, la C. 29. C. J. *de pactis*, qui porte qu'une personne peut toujours renoncer aux droits, qui ont été établis en sa faveur. Il est certain, en effet, que je pourrais renoncer à un droit de servitude que j'ai acheté. Mais est-ce à dire que, par cette renonciation, je serais libéré de l'obligation de payer le prix ? C'est ce que la constitution précitée n'a pas décidé et ne pouvait pas décider.

Aussi M. Thibaut (1) refuse-t-il à l'emphytéote la faculté de renoncer, lorsqu'il a été stipulé qu'il payerait un canon au propriétaire. Autant aurait-

(1) Thibaut. *Système des Pandectes*. § 780.

il valu dire que l'emphytéote n'aura jamais la faculté de renoncer : car l'emphytéose du droit romain est, par sa nature, la concession à perpétuité de la jouissance d'un immeuble, moyennant la redevance d'un canon.

§ XXIII.

De l'établissement du droit emphytéotique par contrat.

1. — Il nous a paru indispensable de déterminer rigoureusement et complétement la notion du droit emphytéotique, par le développement des droits et des obligations respectifs du propriétaire et de l'emphytéote, avant de passer à l'exposition des règles qui concernent l'établissement et la transmission de ce droit.

En effet, la manière, dont ces deux points importants seraient réglés, dépendait précisément de la nature du droit ; et ce ne sera qu'en se reportant à ce qui a été décidé sur ce point qu'on pourra résoudre les graves questions qui se présenteront.

2. — Le mode le plus naturel et le plus fréquent de constituer l'emphytéose a dû être le contrat.

Aussi longtemps que le contrat emphytéotique fut réputé vente par quelques-uns et louage par le

plus grand nombre, il figura nécessairement parmi les contrats consensuels ; et, conséquemment, sa validité fut tout à fait indépendante de l'accomplissement de formalités externes, en particulier de la rédaction d'un acte.

Lorsque Zénon fit du contrat emphytéotique un contrat « sui generis », il ne dit rien qui pût faire supposer qu'il ait eu l'intention de changer l'état des choses sur ce point. Cependant, quelques mots, qui se trouvent dans sa constitution (1), rapprochés d'une disposition formelle de la novelle 120 (2), spécialement relative à l'emphytéose des biens ecclésiastiques, ont porté un grand nombre d'interprètes à décider que la rédaction d'un acte était une condition essentielle de la validité du contrat (3).

Nous ne saurions nous ranger à cette opinion. En effet les termes de la constitution signifient beaucoup plutôt, qu'en l'absence de clauses écrites et qui dérogeraient au droit commun, les par-

(1) « Justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quæ inter utrasque partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente, habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri... » (C. 1. C. J. *de jur. emphyt.*)

(2) Nov. 120. C. 5. *pr.* et C. 6. § 2.

(3) Telle est, en particulier, l'opinion de M. Thibaut. *Système des Pandectes*. § 779.

ties seront censées s'être référées à ce droit commun. Quant à l'emphytéose des biens ecclésiastiques, il y avait des raisons, particulières et faciles à concevoir, pour exiger que le contrat fût toujours rédigé (1).

3. — Mais il ne faut pas confondre la validité du contrat avec l'existence du droit emphytéotique. Un contrat de vente, qui a pour but la transmission de la propriété du vendeur à l'acheteur, est parfait par le seul consentement des parties. Mais la propriété est transférée seulement par la tradition. En est-il de même pour le droit emphytéotique?

Cette question, d'un intérêt beaucoup plus pratique que celui de la précédente, ne peut être sainement résolue que par un retour aux principes, et non par des inductions tirées des textes.

C'est, généralement, faute d'avoir bien discerné (2), que le contrat pouvait être valable et engendrer « l'actio emphyteuticaria », en tant qu'elle a pour objet les prestations personnelles, sans que le droit réel fût déjà constitué, que certains auteurs

(1) Comp. Mühlenbruch. *Pandectes.* § 301. not. 2 et 3.

(2) Cette confusion a été évitée par M. Thibaut, que je ne me lasse point de citer (*Système des Pandectes.* § 779), et par Doneau. *Comment. juris civ.* IX. 13. 16.

ont pu soutenir que ce droit existait du moment où le contrat était parfait.

Quand on reconnaît le caractère réel du droit de l'emphytéote, il devient rationnellement impossible de contester la nécessité de la tradition. Celui de tous les auteurs qui a le plus approfondi la question, Doneau fait remarquer : 1° que, parmi tous les droits réels, il n'en est aucun que les sources nous montrent constitué par la seule vertu de la convention, et il applique particulièrement cette observation à l'usufruit, droit moins étendu que le droit emphytéotique et moins rapproché de la propriété (1); 2° qu'il serait étrange qu'un acheteur, ayant reçu livraison, pût, d'une part,

(1) Doneau ne connaissait pas bien les règles de l'ancien droit civil romain sur la constitution de l'usufruit; on sait qu'elles n'ont été complétement révélées que par les Institutes de Gaïus, et surtout par les fragments du Vatican.

Mais au point de vue du droit prétorien, c'est-à-dire au point de vue dominant à l'époque de Zénon, son observation était parfaitement juste.

On voit, au surplus, que Doneau ne partageait pas l'opinion, aujourd'hui assez accréditée, que, dans le dernier état du droit romain, le droit réel d'usufruit, comme toutes les servitudes, pouvait être constitué « per pactiones et stipulationes ».

Quoique M. de Savigny ait persisté dans cette opinion (voyez la 6e édition de son *Traité du droit de la possession*, § 45, p. 576, à la note), je préfère celle que M. Pellat a développée : *Principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, p. 70 et suiv.

repousser un acheteur antérieur, mais à qui la délivrance n'aurait pas été faite et, d'autre part, se voir évincé par un emphytéote qui n'aurait jamais été mis en possession du fonds.

§ XXIV.

De l'établissement du droit emphytéotique par testament.

Le droit emphytéotique pouvait être valablement constitué par testament. Mais il est douteux que ce mode de constitution ait été très-usité : et c'est ce qui explique le défaut absolu de renseignements sur ce point. Une disposition testamentaire a toujours été considérée, en droit civil romain, comme un titre suffisant pour conférer, soit le droit de propriété lui-même, soit une servitude, personnelle ou prédiale.

Toutefois, Doneau (1) établit une différence grave entre le legs du droit emphytéotique et le legs de l'usufruit.

Lorsque le testateur n'a subordonné le legs d'un usufruit à l'accomplissement d'aucune condition expresse, ce legs est pur et simple. Au contraire, le legs du droit emphytéotique sera toujours implicitement conditionnel. Ce droit ne sera défini-

(1) *Comment. jur. civil.* IX. 13. 13.

tivement constitué que si le légataire accepte la charge de payer le canon (1).

Doneau conclut de cette différence, que, si le légataire d'un droit emphytéotique décédait avant d'avoir manifesté sa volonté à cet égard, le bénéfice du legs ne serait pas transmis à ses héritiers.

§ XXV.

De l'établissement du droit emphytéotique par la prescription.

C'est assurément une des questions les plus difficiles de la théorie de l'emphytéose, en droit romain, que celle de savoir si le droit emphytéotique pouvait s'établir par la prescription (2).

(1) Il est clair que le testateur ferait un legs inutile s'il ne déterminait pas le canon que le légataire devra payer, à titre emphytéotique, à l'héritier ou au légataire de la propriété.

(2) M. Thibaut, *Syst. des Pandect.*, § 1018, se prononce pour l'affirmative.

M. Mühlenbruch, *Pand.* § 301, et M. Warnkœnig, *Comment. jur. rom. priv.* lib. II. c. III. n. 343, se prononcent dans un sens opposé.

Je n'ai pu me procurer l'ouvrage, fort estimé en Allemagne, d'Unterholzner *sur la prescription;* je le trouve cité, en sens contraires, par Warnkœnig, *loc. laud.* not. 3, et par Mühlenbruch, *loc. laud.* not. 10. Il y a lieu de croire que la citation de ce dernier auteur est la plus exacte. — Comp. Mackeldey. *Man. du droit romain,* § 298 et la note.

Il me semble que M. Troplong (*Louage*, tom. I. p. 187), se trompe en alléguant, pour l'affirmative, l'opinion de M. Blon-

1. — Il faut d'abord observer que la prescription doit être envisagée ici comme un mode de constitution du droit emphytéotiquè, c'est-à-dire, comme procurant l'action réelle à celui qui ne peut pas établir, par titre, sa qualité d'emphytéote. Conséquemment, la question ne serait pas résolue, parce qu'on aurait prouvé cette proposition incontestable, que le propriétaire, après une inaction de trente ou quarante ans, ne pourrait plus troubler le soi-disant emphytéote dans la jouissance de la chose. C'est, en effet, une règle du droit romain que toutes les actions sont prescriptibles par l'expiration de ce délai (1). Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette règle. Un texte (2), qui en fait l'application à la revendication, prend soin d'expliquer que si le possesseur, qui pouvait opposer au propriétaire cette prescription, venait lui-même à perdre la possession, il se trouverait quelquefois sans ressource contre le nouveau posses-

deau; cet auteur (*Chrestomathie*, p. 398) s'exprime avec une réserve dont la portée est ultérieurement révélée par un autre passage (*eod. op.* p. 416). En réalité, M. Blondeau appartient à l'opinion qui repousse l'idée d'une prescription du droit emphytéotique.

(1) C. 2. C. J. *de præsc.* xxx vel xl *ann.* : Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum minime protendantur...

(2) C. 9. C. J. *de præsc.* xxx vel xl *ann.*

seur. La prescription ne peut devenir un mode d'acquisition que si le possesseur est de bonne foi.

2. — Il importe encore de remarquer, comme le fait M. Mühlenbruch, d'après Unterholzner (1), que la question de savoir si la prescription peut fonder le droit emphytéotique, ne doit pas être confondue avec celle-ci : Lorsqu'il existe un titre valable, qui a constitué le droit emphytéotique et que ce titre a été régulièrement transmis par une personne, qui passait pour l'ayant cause de l'emphytéote originaire, la prescription assurera-t-elle au possesseur de bonne foi le bénéficede ce titre ?

Il est clair que, dans cette hypothèse, la prescription ne saurait être considérée comme source du droit emphytéotique, puisqu'on suppose que ce droit a été constitué par le véritable propriétaire. Il s'agit seulement de la prescription, consi-

(1) Mühlenbruch. *Pand.* § 301. not. 10. — « Cæterum, cum hac quæstione non est commiscenda, qua quæritur : annon juris jam constituti detur præscriptio, scilicet translatione emphyteusis ad eum facta, qui bona fide rem accepit. »

Ces derniers mots ne peuvent être entendus que comme s'appliquant à celui qui a reçu la chose à titre d'emphytéote. Il ne saurait y avoir aucune difficulté sur la prescription de la propriété d'un fonds grevé d'emphytéose au profit d'un *tiers* de bonne foi. Comp. *infrà*, p. 107, not. 1.

dérée comme opérant la consolidation d'une transmission vicieuse de ce droit.

Ce résultat sera produit, lorsque la prescription de trente ou quarante ans aura éteint l'action réelle, par laquelle le véritable ayant cause de l'emphytéote originaire aurait pu revendiquer le droit emphytéotique contre celui qui avait cru de bonne foi l'acquérir. A l'égard de tous autres, même du propriétaire du fonds, le titre régulier du possesseur, de bonne foi, du droit emphytéotique aurait suffi pour lui assurer « l'actio in rem Publiciana ». Nous voyons, en effet, que les jurisconsultes classiques l'accordaient dans le cas d'usufruit constitué « a non domino » (1).

3. — Il y a trois situations, dans lesquelles on

(1) Fr. 11. § 1. D. *de Public. in rem act.*

« Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam....; item rusticorum : nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. »

Si la « Publiciana in rem actio » était donnée à celui qui avait cru de bonne foi acquérir un usufruit, il en devait être de même et à plus forte raison lorsqu'il s'agissait du « jus in agro vectigali ou du droit emphytéotique. »

J'ai déjà fait observer, p. 11, que l'on avait tort de citer, comme contenant formellement cette décision, le fr. 12. § 2. *de Public. in rem act.* ainsi conçu :

«In vectigalibus et *in aliis prædiis, quæ usucapi non possunt,* Publiciana competit, si *forte* bona fide mihi tradita sunt. »

Il me paraît évident que le jurisconsulte entend parler de l'usucapion de la propriété à laquelle la seule qualité de ces fonds

conçoit que la prescription pourrait servir à fonder le droit emphytéotique :

1° Le véritable propriétaire, se considérant comme simple emphytéote, a payé le canon à une personne, qu'il considérait comme propriétaire ;

2° Le véritable propriétaire a reçu le canon d'une personne, qui possédait à titre d'emphytéote;

3° Un propriétaire apparent a constitué une emphytéose au profit d'une personne, qui a cru traiter avec le véritable propriétaire.

Ces différentes combinaisons de fait ne sont propres à exercer sur la question d'autre influence

faisait obstacle, et non de l'usucapion des « jura in re », dont ces fonds pouvaient être les objets, mais qui n'étaient en aucun cas susceptibles d'usucapion. Il suppose que c'est « l'ager vectigalis» lui-même qui a été vendu comme « ager privatus ».

Quel est, en effet, l'objet que le jurisconsulte déclare non susceptible d'usucapion ! c'est « l'ager vectigalis »... Dans l'interprétation combattue, c'est au « jus in agro vectigali » que cette observation aurait dû être appliquée. Il ne faudrait pas dire qu'ici, comme dans la rubrique du tit. III, liv. VI, Dig., l'expression «ager vectigalis» s'applique précisément au «jus in agro vectigali». Il n'y a pas d'équivoque possible, puisque le texte ne cite les « agri vectigales » que parmi ces « prædia quæ usucapi non possunt. »

Le texte cité suppose encore que, dans le cas dont il s'occupe, la bonne foi sera rare « si forte bona fide mihi tradita sunt. » Cette observation se conçoit parfaitement, si l'on suppose qu'il est question de la vente de «l'ager vectigalis» comme « ager privatus ». Mais on ne comprend pas pourquoi la bonne foi se montrerait plus difficilement dans le cas de transmission du «jus in agro vectigali» par un autre que le véritable concessionnaire, que dans le cas de la vente d'un fonds ordinaire «a non domino».

que celle d'intéresser plus ou moins vivement l'équité à l'admission de la prescription. Ainsi, dans la première hypothèse, on ne se résoudrait qu'avec peine à décider que le véritable propriétaire, qui n'a pas perdu la possession de sa chose, en a perdu la propriété, parce qu'il s'est considéré pendant plus ou moins longtemps comme simple emphytéote, et que cette propriété se trouvera acquise à celui qui, pendant ce même espace de temps, n'a joui du droit de propriété que « deducto jure emphyteutico » (1). Dans tous les cas enfin,

(1) Aussi M. Mühlenbruch, qui rejette l'idée d'une prescription du droit emphytéotique, semble-t-il croire que le propriétaire, qui s'est considéré longtemps comme simple emphytéote, conservera la propriété.

Cependant, il est incontestable que s'il s'agissait d'un locataire ou même d'un usufruitier, la détention même de la chose par eux, comme la tenant d'une autre personne, considérée comme propriétaire, constituerait une véritable possession au profit de ce dernier, laquelle le conduirait infailliblement à l'usucapion. Comp. Savigny, *op. laud.* § 23 et les textes qu'il cite, notamment à l'égard des locataires, fr. 1. § 22. D. *de vi* : fr. 25. § 1. D. *de acq. rer. poss.*; et à l'égard de l'usufruitier, fr. 52. *ibid.*

On objectera, peut-être, que l'emphytéote comme autrefois le locataire perpétuel d'un « ager vectigalis » a la possession; et en effet M. de Savigny (*op. laud.* § 24), le range en première ligne parmi ceux auxquels le droit romain reconnaissait ce qu'il appelle une *possession dérivée*. Il est vrai que c'est là une différence grave entre l'emphytéote et le fermier, qui n'est jamais regardé comme possesseur, fr. 6. § 2. D. *de precar.* Mais il ne faut pas trop se hâter de conclure que cette possession de l'emphytéote

soit que le possesseur de bonne foi ait un titre régulier, soit qu'il n'en ait pas, il peut paraître inconséquent de lui refuser la prescription d'un droit moins étendu que la propriété, lorsqu'il se trouve dans toutes les conditions requises pour la prescription de la propriété elle-même.

Mais ces considérations s'effacent devant les raisons de droit, qui repoussent absolument l'idée que la prescription puisse suppléer au défaut d'un titre valable, lorsqu'il s'agit de la constitution du droit emphytéotique.

Le droit emphytéotique ne saurait être conçu sans une obligation de celui qui jouit du titre d'emphytéote à payer le canon. Or, il n'est venu encore à l'esprit de personne de soutenir, que la prescription puisse jamais devenir la source d'une obligation. Si donc il est certain que le possesseur, à titre d'emphytéote, ne se trouvera pas obligé à continuer la prestation du canon emphytéotique, par cette seule raison qu'il l'a payé depuis trente ou quarante ans, il est impossible de dire que la possession de la chose, à titre d'emphytéote, pendant cet espace de temps, aura constitué le

empêche la prescription au profit du nu propriétaire prétendu; en effet, le créancier-gagiste avait aussi, en droit romain, cette possession dérivée, et cependant le débiteur prescrivait pendant que le créancier possédait. Fr. 16. D. *de usurp.*

droit emphytéotique au profit de ce possesseur (1).

Au surplus, la prescription n'a jamais été considérée, surtout chez les Romains, comme un mode d'acquérir applicable à tous les droits réels indistinctement et de droit commun, même dans le silence de la loi.

On sait que, dans l'origine, l'usucapion ne fut pas autre chose qu'une ressource, accordée par la loi, pour les cas où la tradition n'avait pas conféré la propriété. L'usucapion ne s'appliquait pas aux objets qui ne comportaient pas la tradition, c'est-à-dire aux choses incorporelles (2).

Quelque parti que l'on prenne sur la question de savoir si ce point de droit n'a jamais varié chez les Romains, ou si l'usucapion des servitudes fut au contraire admise jusqu'à la loi Scribonia (3),

(1) Tout au plus pourra-t-il arriver que celui qui a cru, de bonne foi, acquérir « ex justo titulo » la nue propriété du fonds, en le considérant comme grevé du droit emphytéotique, se trouvera dans l'impossibilité de troubler la jouissance de celui qui possède à titre d'emphytéote. Celui-ci aura même, suivant les cas, outre l'exception de prescription, soit les interdits possessoires, à l'effet de recouvrer la possession, soit même la « Publiciana in rem actio... » Mais il y a loin de ces résultats à un établissement du droit emphytéotique par le moyen de la prescription. — Comp. Mackeldey. *Manuel du droit romain.* § 291 *in fine.*

(2) « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere « manifestum est. » Fr. 43. § 1. D. *de acq. rer. domin.*

(3) « Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam

il est certain que le préteur faisait respecter la longue possession en matière de servitudes prédiales, soit au moyen d'interdits, soit au moyen de l'action utile (1). On peut croire, suivant la conjecture de M. Zimmern (2), que cette protection du magistrat n'était pas aussi régulièrement accordée, que la « præscriptio longi temporis » en matière de propriété. Mais on peut affirmer qu'en matière de servitudes personnelles, il n'est pas plus question, dans les sources, d'une protection prétorienne, accordée à la longue possession et qui pouvait suppléer au défaut de titre, que de l'usucapion proprement dite.

Lorsque Justinien, dans son système de droit, confondit les deux institutions de « l'usucapio » du droit civil et de la « præscriptio longi temporis » du droit honoraire, aucun renseignement n'indique qu'il ait changé quelque chose au régime antérieur, en ce qui concerne les objets auxquels ces institutions s'appliquaient. On a cru longtemps

usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituit, non etiam eam, quæ libertatem præstat, sublata servitute. » Fr. 4. § 29. D. *de usurp.*

(1) Comp. Warnkœnig, *Comment. jur. rom.* lib. II. c. II. n° 320 *passim.* et les textes qu'il cite, notamment fr. 1. § 23. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(2) Article de M. Zimmern, dans la *Thémis*, tom. IV. p. 373 et suiv.

trouver cette indication dans les derniers mots de la C. 12. C. J. *de præsc. long. temp.* Mais il a été prouvé par M. Zimmern (1) que ces expressions n'ont d'autre portée que d'étendre aux cas d'extinction des servitudes, et en particulier de l'usufruit, par le non-usage, les règles contenues dans la constitution précitée sur la détermination des délais.

Reste l'objection, tirée de cette circonstance que les jurisconsultes classiques accordaient la « Publiciana in rem actio » à celui qui avait été mis en possession d'un droit d'usufruit par un propriétaire apparent et en vertu d'un titre régulier, et de ce qu'il est impossible de refuser le même bénéfice à l'emphytéote (2). Mais cette objection repose sur cette fausse idée, que la « Publiciana in rem actio » n'était accordée qu'à ceux qui étaient en voie de parvenir à l'usucapion (3). Or, il est certain que l'usufruit n'était pas susceptible d'usucapion.

(1) *Loco supra laudato.*
Il explique de la manière la plus claire le sens de la C. 12. C. J. *de præsc. long. temp.* par les dispositions de la C. 16. C. J. *de usuf.* et de la C. 13. C. J. *de servitut.*

(2) Comp. *supr. eod.* §, n° 2 *in fine*, et la note.

(3) Tel est en effet le raisonnement de M. Proudhon, *Usufruit*, tom. II. n° 752. Comp. les observations de M. Ducaurroy sur ce passage (*Thémis*, t. VI. p. 333).

Il nous paraît donc impossible d'admettre que, dans aucun cas, la prescription puisse servir à établir le droit emphytéotique ou toute autre servitude personnelle, au profit d'un possesseur de bonne foi. En supposant qu'il fallût décider autrement à l'égard d'une servitude prédiale, cette différence nous semblerait très-facile à justifier en législation (1).

§ XXVI.

De l'aliénation du droit emphytéotique par l'emphytéote.
1. Texte de la C. 3. C. J. *de jure emphyteutico.*

En ce qui concerne la faculté, accordée à l'emphytéote, d'aliéner le droit emphytéotique, nous possédons une constitution spéciale de l'empereur Justinien : c'est la troisième et la dernière du titre du Code *de jure emphyteutico.*

Avant d'en rapporter les termes, il convient de rappeler quel était, sur ce point, l'état de la doctrine, au moment où elle fut rendue.

On a vu (2) qu'aucun principe ne s'opposait à ce que le « perpetuarius » transmît à un tiers le bénéfice de son titre. Mais, en ce qui concernait les charges, on se rappelle qu'elles étaient inhé-

(1) Comp. l'article cité de M. Zimmern dans la *Thémis.*
(2) *Suprà* p. p. 40, 41, 42, C. 3. C. J. *de fund. rei priv.*

rentes à la personne du concessionnaire, et que celui-ci ne pouvait s'en libérer et les faire peser exclusivement sur son cessionnaire qu'au moyen d'une novation consentie par le propriétaire.

Il n'est pas douteux que les mêmes principes étaient appliqués au cas d'emphytéose des biens des particuliers. Cependant il n'était pas possible que le vendeur d'un droit emphytéotique se résignât à devenir, à perpétuité, par lui-même et par ses héritiers, responsable du canon envers le propriétaire, après qu'il aurait transporté à un tiers le droit à la jouissance de la chose. Il devait donc chercher à racheter cette obligation. Mais le propriétaire pouvait mettre son consentement à un très-haut prix. De là des entraves à la transmission du droit emphytéotique, qui pouvaient devenir très-fâcheuses pour l'État dans la situation où se trouvait l'agriculture.

Justinien rendit probablement un très-grand service aux emphytéotes, en tarifant le prix qu'ils seraient obligés de payer au propriétaire.

Telle fut, indubitablement, l'origine de la constitution, dont il faut maintenant rapporter les termes:

« Quum dubitatur, utrum emphyteuta debeat, « cum domini voluntate, suas meliorationes, quæ « græco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur, alienare, vel

« jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus « expectare consensum, sancimus, si quidem em- « phyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas « pactiones habeat, eas observari ; sin autem nullo « modo hujusmodi pactio interposita est, vel forte « instrumentum emphyteuseos deperditum est, mi- « nime licere emphyteutæ, sine consensu domini, « meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphy- « teuticum transferre. Sed ne, hac occasione accep- « ta, domini minime concedant emphyteutas suos ac- « cipere pretia meliorationum, quæ invenerant, sed « eos deludant, et, ex hoc, commodum emphyteutæ « depereat, disponimus, attestationem domino trans- « mitti, et prædicere, quantum pretium ab alio re- « vera accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare « maluerit, et tantam præstare quantitatem, quan- « tam revera emphyteuta ab alio accipere potest, « ipsum dominum omni modo hæc comparare. Sin « autem duorum mensium spatium fuerit emensum, « et dominus hoc facere noluerit, licentia emphy- « teutæ detur, ubi voluerit, et sine consensu domini « meliorationes suas vendere, iis tamen personis, « quæ non solent in emphyteuticis contractibus ve- « tari ad hujusmodi venire emtionem. Necessitatem « autem habere dominus; si aliis melioratio secun- « dum præfatum modum vendita sit, accipere em-

« phyteutam, vel si jus emphyteuticum ad personas « non prohibitas, sed concessas et idoneas ad sol- « vendum emphyteuticum canonem transponere « emphyteuta maluerit, non contradicere, sed « novum emphyteutam in possessionem suscipere, « non per conductorem vel per procuratorem, « sed ipsos dominos per se, vel per litteras suas, « vel si hoc non potuerint vel noluerint, per de- « positionem in hac quidem civitate, apud claris- « simum magistratum censuum : vel, præsentibus « tabulariis, per attestationem, in provinciis autem « per præsides vel defensores celebrandam. Et ne « avaritia tenti domini magnam molem pecunia- « rum propter hoc efflagitent, quod usque ad præ- « sens tempus perpetrari cognovimus, non am- « plius eis liceat, pro subscriptione sua vel deposi- « tione, nisi quinquagesimam partem pretii vel « æstimationis loci, qui ad aliam personam trans- « fertur, accipere. Si autem novum emphyteutam « vel emtorem meliorationis suscipere minime do- « minus maluerit, et, attestatione facta, intra duos « menses hoc facere supersederit, licere emphy- « teutæ, etiam non consentientibus dominis, ad « alios suum jus vel emponemata transferre. Sin « autem aliter fuerit versatus, quam nostra cons- « titutio disposuit, jure emphyteutico cadat. »

§ XXVII.

2. Aperçu général des dispositions de cette constitution.

Justinien se flattait, sans doute, que, par cette constitution développée, il avait levé toutes les indécisions et prévenu toutes controverses. S'il a obtenu ce résultat, ce n'est certainement pas par le mérite de la rédaction : car les interprètes modernes, qui n'ont eu, sur la matière de cette constitution, d'autres renseignements que son texte même, sont bien loin d'être d'accord sur sa portée.

Il est cependant un point que l'on doit regarder comme certain, malgré le défaut d'une décision formelle : c'est l'affranchissement, pour l'emphytéote vendeur, de l'obligation de rester indéfiniment responsable de la solvabilité de l'acheteur. On a vu tout à l'heure qu'il n'y avait pas d'autre explication possible de cette circonstance, que les propriétaires mettaient à si haut prix leur approbation de l'aliénation, faite par l'emphytéote, soit de son droit tout entier, soit d'une partie de ce droit. Ajoutons, après la citation du texte lui-même, que si l'approbation du propriétaire n'avait pas dû prendre le caractère d'une novation, Justinien n'aurait pas attaché une si grande im-

portance à l'intervention directe du propriétaire dans la réception du nouvel emphytéote (1).

D'ailleurs, les dispositions de la constitution de Justinien peuvent se classer en trois catégories :

1° Celles qui règlent minutieusement les formes que doit suivre l'emphytéote, qui veut opérer valablement la transmission de son droit, pour la totalité ou pour partie ;

2° Celles qui établissent, au profit du propriétaire, un droit, semblable à ces droits de retrait (2) si usités dans notre ancienne jurisprudence féodale et coutumière ;

3° Celles qui accordent au propriétaire le droit de percevoir, à chaque aliénation, une somme égale au cinquantième du prix, ou de l'estimation de la chose.

Toutes ces dispositions avaient une sanction uni-

(1) « *Necessitatem* autem habere dominos..... novum emphyteutam in possessionem suscipere, *non per conductorem vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per litteras suas...* » C. 3. C. J. *de jur. emphyt.*

(2) Il y avait, entre les droits de retrait, usités dans notre ancienne jurisprudence, et le droit dont il s'agit ici, une différence, relevée par Pothier, à l'occasion du retrait féodal, *Traité des fiefs*, part. 2, chap. II, art. 1er. Il caractérise cette différence, en appelant le droit, dont il s'agit ici, *jus prælationis in re vendenda*. Au contraire, le retrait féodal est *jus prælationis in re jam vendita.*

forme, la déchéance de l'emphytéote (1) : preuve évidente de l'importance que Justinien y attachait. Aussi convient-il d'examiner successivement et avec soin chacun des trois points, que ce législateur aurait dû régler avec la plus grande précision, puisqu'il prescrivait l'obéissance sous des peines si sévères.

§ XXVIII.

3. Des conditions requises pour la validité de l'aliénation du droit emphytéotique.

1. — Dans l'interprétation de la constitution de Justinien, aucune difficulté ne s'est élevée, en ce qui concerne le mode de procéder à l'aliénation, à titre de vente. Il faudra que l'emphytéote dénonce au propriétaire son intention de vendre, en lui indiquant le prix de la cession. Il devra attendre, pendant deux mois, que le propriétaire lui fasse parvenir son consentement et procède à l'installation du nouvel emphytéote. C'est seulement après l'expiration de ce délai, qu'il pourra passer outre à la réalisation de la vente, sans le concours du propriétaire.

Mais on est loin d'être d'accord sur la question

(1) « Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, jure emphyteutico cadat. » C. 3. C. J. *de jur. emphyt.*

de savoir si, dans le cas de toute autre aliénation que la vente, l'emphytéote est tenu de requérir à l'avance le consentement du propriétaire et d'attendre, avant de passer outre, l'expiration du délai de deux mois.

2. — Il y a des auteurs (1) qui ne pensent pas que l'emphytéote soit alors obligé de requérir le consentement du propriétaire. Ils donnent pour raison, que le propriétaire n'a pas le droit d'empêcher ces aliénations de s'accomplir, en manifestant la volonté d'exercer sa faculté de préemption. Ainsi, à leurs yeux, l'obligation de requérir le consentement du propriétaire, et la nécessité d'attendre l'expiration du délai des deux mois avant de passer outre, malgré le défaut de consentement, n'ont pas d'autre utilité que celle de mettre le propriétaire en demeure d'exercer son droit de préemption.

Cette solution suppose que le droit, que nous avons appelé droit de retrait, ne saurait être exercé que dans le cas d'une vente du droit emphytéoti-

(1) Notamment M. Mühlenbruch, *Pand.* § 299, Comp. le texte de ce paragraphe avec la note 6.

C'est à tort, comme on le verra par la suite de cette discussion, que M. Vuy, *opere laudato,* note 388, cite Doneau comme partageant l'opinion de M. Mühlenbruch.

que. Or, cette proposition peut être regardée comme douteuse.

Au surplus, ce motif même, allégué à l'appui de l'opinion de M. Mühlenbruch, ne la justifie qu'en partie. Fût-il démontré que, dans les aliénations, qui ne donneraient pas ouverture au droit de retrait, le délai de deux mois, imposé à l'emphytéote, serait sans utilité pour le propriétaire, il aurait toujours intérêt à être averti de l'aliénation, qui va se consommer, et à l'occasion de laquelle il a d'autres droits à exercer que celui du retrait (1).

3. — Aussi Doneau (2) et M. Thibaut (3) ne professent-ils point une opinion aussi absolue que celle de M. Mühlenbruch. Ils reconnaissent que l'emphytéote, dans tous les cas d'aliénation, est obligé de requérir le consentement du propriétaire. Mais, suivant eux, il suffit qu'il en fasse la demande, au moment du contrat : ce serait seulement dans le cas d'une vente, que l'emphytéote

(1) Il suffit, en ce moment, de citer le droit dont jouit le propriétaire, de percevoir le cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose aliénée.

On verra, tout à l'heure, que le propriétaire a encore d'autres droits, de l'existence desquels il y a d'autres conséquences à tirer contre l'opinion de M. Mühlenbruch. Comp. *infrà*, p.122,123.

(2) *Comment. juris civil.* IX. 14. 16.

(3) *Système des Pandectes*, § 778.

serait obligé d'attendre, pendant deux mois, la réponse du propriétaire.

La première partie de l'opinion de ces deux graves auteurs est pleinement justifiée par un examen attentif de la constitution, ci-dessus rapportée, de Justinien. Cet empereur se proposait (1) de résoudre la question générale de savoir si l'emphytéote, qui voulait aliéner son droit emphytéotique pour le tout ou pour partie, pouvait opérer cette aliénation sans le consentement du propriétaire. Dans la manière dont il résout cette question, posée en termes généraux, il est impossible de trouver l'indice d'une distinction, qu'il aurait faite entre les différents titres d'aliénation; surtout en ce qui concerne la nécessité du consentement préalable du propriétaire (2).

(1) « Quum dubitatur utrum emphyteuta debeat *cum domini voluntate* suas meliorationes... *alienare vel jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus expectare consensum* : sancimus... »

(2) A mon sens, c'est très-arbitrairement que M. Vuy (*op. laud.*, p. 176 *in fine*, et p. 177), sans égard pour la continuité des développemens de la constitution, décompose les mêmes phrases en plusieurs parties, dont les unes devraient être entendues de *tous les titres d'aliénation*, et les autres devraient être rapportées au *seul cas de vente*.

Mais il n'y a rien à conclure de ces distinctions de M. Vuy en faveur de l'opinion de M. Mühlenbruch : car, toutes les fois que Justinien parle de la nécessité du consentement préalable du propriétaire, il se sert de termes génériques qu'il est impossible de

4. — Mais il nous semble que cet examen attentif de la constitution de Justinien conduit inévitablement à rejeter la seconde partie de l'opinion de ces deux auteurs, c'est-à-dire la décision que, lorsqu'il s'agit d'un autre titre d'aliénation que la vente, l'emphytéote est dispensé d'attendre pendant deux mois le consentement du propriétaire.

Pour démontrer que, dans tous les cas, cette attente de deux mois est imposée à l'emphytéote, il suffit de rappeler quel est l'enchaînement des idées et des dispositions dans la constitution de Justinien (1). L'emphytéote devra dénoncer au propriétaire son projet d'aliénation. Celui-ci pourrait s'opposer à la réalisation de ce projet, si l'emphytéote avait traité avec une personne qui ne remplissait pas les conditions requises par les conventions ou par l'usage (2). Mais, s'il n'a point d'ob-

ne pas entendre de tous les titres d'aliénation, par exemple : — « Minime licere emphyteutæ *sine consensu domini*... jus emphyteuticum *transferre*....—Necessitatem habere dominos, si jus emphyteuticum... *transponere* emphyteuta maluerit, non contradicere, sed *novum emphyteutam* in possessionem suscipere. »

(1) Je laisse en dehors de cette analyse ce qui concerne l'exercice du droit de retrait et la perception du cinquantième; puisqu'il ne s'agit, en ce moment, que de déterminer le mode de procéder à l'aliénation.

(2) Nous aurons, tout à l'heure, à rechercher ce qu'il faut entendre par ces « personæ non prohibitæ » dont parle la constitution.

jection de cette nature à élever, il sera tenu de procéder à la réception du nouvel emphytéote, de la manière réglée par la constitution. S'il n'a point rempli cette formalité dans le délai de deux mois, à partir de la dénonciation, l'emphytéote est autorisé à réaliser l'aliénation, qui produira les mêmes effets que dans le cas où le propriétaire aurait donné son consentement et procédé lui-même à l'installation du nouvel emphytéote.

Il est évident que, dans ce système, le délai des deux mois, imposé à l'emphytéote, est la suite nécessaire de l'obligation de requérir, dans tous les cas d'aliénation, le consentement du propriétaire. Il fallait bien laisser à ce dernier le temps de rechercher, s'il avait des objections à proposer contre la personne du nouvel emphytéote. On ne pouvait pas non plus, dans l'intérêt même de l'ancien emphytéote (1), abandonner à son appréciation la détermination du moment où il lui serait loisible de passer outre, sans attendre davantage le consentement et l'intervention du propriétaire.

(1) Il ne faut pas perdre de vue que la déchéance était la peine de toute infraction aux dispositions de la constitution. Il aurait donc fallu que l'emphytéote déterminât lui-même, à ses risques et périls, le moment où le propriétaire était en faute; car il était impossible de décider qu'il arbitrerait souverainement le délai dont jouirait le propriétaire.

Concluons donc que, dans tous les cas, l'emphytéote ne peut réaliser l'aliénation, sans le concours du propriétaire, avant l'expiration d'un délai de deux mois, depuis la dénonciation qu'il lui a faite de son projet. Telle est aussi l'opinion de M. Vuy (1).

5. — Il ne reste plus maintenant qu'à rechercher quelle est la portée de la constitution de Justinien, lorsqu'elle impose à l'emphytéote la prohibition de transporter ses droits à d'autres personnes que celles qu'elle désigne par ces expressions « personas non prohibitas, sed concessas « et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem. »

Au premier aspect, il semble que la constitution considère la solvabilité de la personne proposée, non comme la condition unique de son aptitude à succéder à l'ancien emphytéote, mais comme une condition, tout à fait indépendante de celles qui constitueraient la capacité spéciale de devenir emphytéote.

Avant d'éclaircir ce point, il faut préciser ce qu'on doit entendre par «personæ idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem.» Quelques au-

(1) *Opere laudato*, p. 183 et 184.

teurs (1) prétendent que le nouvel emphytéote doit fournir une caution. Les termes de la constitution n'impliquent, en aucune manière, cette obligation de sa part. Il est vrai que la caution était expressément exigée, lorsqu'il s'agissait des fonds du domaine impérial, ou bien appartenant à des cités ou à des églises (2). Mais, en l'absence d'une disposition formelle, on ne saurait écarter du contrat emphytéotique, sous prétexte d'insolvabilité, que les personnes qui seraient notoirement dénuées de ressources suffisantes pour l'exploitation du fonds et le payement des charges emphytéotiques.

D'ailleurs, il nous semble impossible d'admettre qu'il y eût d'autres conditions d'aptitude que celles de la solvabilité, auxquelles le nouvel emphytéote aurait été assujetti. Lorsque l'emphytéose s'appliquait aux fonds du domaine public, municipal ou ecclésiastique, on comprend très-bien que des raisons de bonne administration aient fait exclure certaines catégories de personnes, qui auraient pu faire régler les conditions du bail emphytéotique d'une manière avantageuse pour elles,

(1) M. Vuy, *op. laud.* p. 179, not. 385, cite : Westphal, *Traité de la vente, du louage, etc., d'après le droit commun;* Gluck, *Comment. sur les Pandectes.*

(2) C. 3 et C. 6. C. J. *de omn. agr. desert.* C. 7. C. J. *de fund. patrim.* C. unic. C. Th. *qui conductor. rei privatæ*, XI. 58..

et au détriment des intérêts qui leur étaient confiés (1). Mais lorsque le contrat emphytéotique devint de droit commun, on ne concevrait pas qu'il eût été soumis à des règles exceptionnelles, touchant la capacité des parties. Les « personæ prohibitæ », dont parle la constitution, devaient être uniquement celles dont une convention formelle prononçait l'exclusion ou qu'un usage constant repoussait (2).

§ XXIX.

4. Du droit de retrait, qui était accordé au propriétaire, en cas d'aliénation.

Le droit de retrait, accordé au propriétaire, en cas d'aliénation par l'emphytéote, paraît être une institution de Justinien : du moins, on n'en découvre aucune trace dans les documents antérieurs à sa

(1) C. unic. C. J. *quib. ad conduct. præd. fisc.* C. 6 et C. 2. C. Th. *de locat. fund. juris emphyt.* x. 3. Nov. 120, C. 5, § 1.

(2) Remarquons, en effet, que la constitution de Justinien, lorsqu'elle fait allusion pour la première fois à ces « personæ prohibitæ », se sert de ces expressions : — « iis tamen personis, « quæ *non solent in emphyteuticis contractibus vetari* ad hujus- « modi venire emtionem... » C'est en se plaçant dans l'hypothèse que la vente n'a pas été faite à des personnes de cette sorte, que la constitution poursuit en ces termes : — « Si jus emphyteu- « ticum ad personas *non prohibitas, sed concessas* et idoneas... « transponere emphyteuta maluerit... »

constitution (1). Ce qui pourrait faire soupçonner qu'il n'en aurait pas été l'inventeur, c'est qu'il ne s'en vante pas et qu'il n'insiste même pas avec complaisance sur l'utilité de cette disposition. Avait-elle pour objet de donner au propriétaire le moyen de déjouer les combinaisons de l'emphytéote, qui dissimulerait une partie du prix pour diminuer l'importance de la perception du cinquantième au profit de ce propriétaire? Était-ce simplement le résultat d'une tendance à la consolidation, facile à concevoir d'après l'esprit général du droit romain, qui répugnait profondément à la décomposition du droit de propriété? C'est ce que la constitution de Justinien ne nous explique en aucune façon.

La révélation de cette intention du législateur nous aurait fourni un moyen de solution pour une question très-grave, qui s'élève sur l'exercice de ce droit de retrait. Est-ce seulement un droit de préemption, qui s'exerce exclusivement dans les cas de vente (2)? Est-ce, au contraire, un droit

(1) La C. 14. C. J. *de contrah. emt.* nous révèle l'existence d'une règle de droit, fort analogue à l'institution du retrait lignager; mais il n'en résulte pas clairement qu'il s'agit d'une règle de droit commun plutôt que d'une disposition de quelque statut local.

(2) Cette première opinion est celle de M. Vuy, *opere laudato*, p. 180 et 181.

plus général, auquel donne ouverture toute aliénation (1)?

On a coutume de dire que, dans le cas d'un échange ou d'une donation, la substitution de la personne du propriétaire à celle du co-permutant ou du donataire aboutit à empêcher l'emphytéote de réaliser son intention; tandis que, dans le cas d'une vente, l'intention de l'emphytéote est toujours réalisée, quel que soit l'acheteur. Il faut convenir que cette considération a bien peu de force dans le cas d'une donation ordinaire, c'est-à-dire, faite à une autre personne que l'héritier présomptif de l'emphytéote : car il n'y a pas de comparaison à établir entre l'intérêt du donateur à mettre la chose même, plutôt que sa valeur, entre les mains du donataire, et l'intérêt du propriétaire à rentrer dans la plénitude de son droit de propriété. Mais il est très-vrai que cette considération a beaucoup plus de force, dans le cas d'un échange projeté : car on conçoit fort bien que celui qui est disposé à un échange, refuse de consentir à une vente (2).

(1) Cette seconde opinion, beaucoup moins accréditée que la première, a été professée par Elbert Leoninus, *Prælect. ad titul. Cod. de jur. emphyt. in Otto. Thesaur. jur. rom.* tom. v, page 666.

(2) Il n'est pas sans intérêt de faire observer, à propos de cette

Au surplus, il n'y a pas d'autre raison de douter que celle qui vient d'être exposée. Vainement essayerait-on de chercher un argument de texte dans cette division arbitraire de M. Vuy (1), qui méconnaît l'enchaînement évident des différentes phrases de la constitution, pour en appliquer exclusivement quelques-unes au cas de vente. C'est, au contraire, un argument de texte qui nous semble trancher la question dans le sens le plus favorable au propriétaire.

En effet, la constitution ordonne que l'emphytéote dénonce au propriétaire, non le prix qui aurait été convenu avec l'acheteur et n'aurait pu être stipulé ni d'un co-permutant, ni d'un donataire, mais le prix qu'il eût été possible à l'emphytéote de tirer de la chose (2). Elle ne dit pas non plus que ce sera en acceptant pour son compte les conventions qui avaient pu être arrêtées entre l'emphytéote et un autre acheteur, que le propriétaire exercera son droit de retrait. Elle dispose seulement que le propriétaire aura la faculté de se por-

question de droit romain, que le retrait seigneurial ne s'exerçait pas de droit commun dans le cas d'une donation ou d'un échange. Comp. Loisel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. v, art. 24.

(1) *Opere laudato*, p. 176 *in fine* et p. 177 *in princip.*

(2) ...« Disponimus attestationem domino transmitti, et prædicere quantum pretium ab alio revera *accipi potest.* »

9

ter acheteur, en payant le prix que l'emphytéote aurait pu raisonnablement espérer recevoir d'un tiers (1).

Il ne faut jamais oublier, dans l'interprétation de la constitution de Justinien, qu'il a commencé par poser la question générale de savoir, si, dans tous les cas d'aliénation, l'emphytéote a besoin du consentement du propriétaire Il serait contre toute vraisemblance de supposer que la solution, qu'il donne, n'était pas aussi générale que la question qu'il s'était proposée.

§ XXX.

5. De la perception du cinquantième du prix ou de la valeur de la chose, par le propriétaire, en cas d'aliénation.

1. — Il faut supposer maintenant que toutes les conditions prescrites pour la régularité de l'aliénation ont été remplies par l'emphytéote, et que le propriétaire n'a pas exercé le droit de retrait. Dans ce cas, la constitution de Justinien lui donne le droit de percevoir le cinquantième du prix ou de l'estimation de ce que l'emphytéote a aliéné (2).

(1) « Et si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam præstare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta *ab alio accipere potest*, ipsum dominum omnimodo hæc comparare. »

(2) ... « Non amplius eis (dominis) liceat pro subscriptione

Cette prérogative du propriétaire est l'une des particularités les plus remarquables de la théorie de l'emphytéose. On s'en est beaucoup préoccupé, en Allemagne (1), moins dans un intérêt historique, le seul qui doive être pris ici en considération, que dans un intérêt pratique. Aussi les décisions des auteurs ne dérivent-elles pas exclusivement de l'interprétation de la constitution de Justinien.

Nous nous efforcerons au contraire, de tirer immédiatement de cette constitution toutes les règles de la matière. On ne peut pas supposer ici que Justinien se soit implicitement référé à des usages bien connus de ses contemporains et qui le dispensaient d'entrer dans des développements, dont nous aurions à regretter l'absence. Il introduisait un droit nouveau, et, plus que jamais, il a dû avoir la prétention d'être complet. Cette constitution est donc, sur les trois qui composent le titre du Code *de jure emphyteutico,* celle dont

« sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel « æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, acci- « pere... »

(1) Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur les notes du § 778 du *Système des Pandectes,* de M. Thibaut, où sont rapportés les titres d'un grand nombre d'ouvrages sur la matière.

l'interprétation peut être abordée avec le moins de désavantage.

Toutefois, plus d'une question délicate se présente dans cette interprétation.

2. — La première, qui se rencontre au seuil même de la matière, est celle de savoir si la prérogative dont il s'agit n'est concédée au propriétaire que dans le cas où il donne son approbation à l'aliénation, projetée par l'emphytéote, ou, s'il a le droit de l'exercer en même temps que le retrait, c'est-à-dire, en prélevant sur le prix ou l'estimation, qu'il doit donner à l'emphytéote, le cinquantième dont parle la constitution?

Les termes de la constitution se prêtent à l'interprétation favorable au propriétaire. Il y est dit (1) que le propriétaire pourra exercer le retrait, en payant à l'emphytéote ce que ce dernier aurait pu recevoir d'un tiers. Or, il est certain que, si le propriétaire avait approuvé l'aliénation, le cinquantième du prix, qu'il aurait perçu, aurait été prélevé sur le prix stipulé. Il est donc exact de

(1) ... « Disponimus attestationem domino transmitti, et *præ-* « *dicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest.* Et « si quidem dominus hoc dare maluerit, et *tantam præstare* « *quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio* « *accipere potest*, ipsum dominum omni modo hæc comparare. »

dire qu'en payant à l'emphytéote ce prix ou l'estimation, déduction faite du cinquantième, le propriétaire lui aura donné « quantum pretium ab « alio revera accipi potest. »

Toutefois, deux observations doivent être proposées, et elles nous semblent de nature à faire rejeter cette interprétation, quelque probable qu'elle paraisse au premier coup d'œil.

D'abord il faut remarquer que, dans l'ordre des développements et des dispositions de la constitution, les conditions de l'exercice du retrait par le propriétaire sont déterminées, avant qu'il soit question de la prérogative de ce même propriétaire de percevoir le cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose. Il suit de là que le prix dont le taux est déterminé, au profit de l'emphytéote, par les termes précités de la constitution, est le prix intégral, tel qu'il aurait pu être stipulé par l'emphytéote, abstraction faite de toute déduction. Cette première observation détruit complétement la conséquence déduite du texte même de la constitution.

En second lieu, il ne faut pas oublier quelle fut l'origine de l'institution dont il s'agit. Justinien dit lui-même que la perception du cinquantième du prix ou de la valeur de la chose, doit être con-

sidérée comme le payement du prix que les propriétaires étaient dans l'usage d'exiger pour leur approbation (1) de l'aliénation projetée par l'emphytéote, et qui était trop souvent élevé par eux au-dessus de ce taux, dont la constitution fit un « maximum ». Or le retrait, exercé par le propriétaire, n'était autre chose que le rachat du droit emphytéotique, et il est évident qu'il n'y avait pas lieu de requérir son approbation lorsqu'il s'agissait d'une aliénation consommée à son profit.

Il faut donc conclure que la prérogative du retrait, et celle de percevoir le cinquantième du prix ou de la valeur de la chose, ne pouvaient être réclamées par le propriétaire cumulativement; mais que l'une ne pouvait être exercée qu'à l'exclusion de l'autre (2).

3. — Les interprètes sont unanimes pour reconnaître que tous les cas d'aliénation entre-vifs,

(1) « Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum « propter hoc efflagitent, quod usque ad præsens tempus per- « petrari cognovimus, non amplius eis liceat *pro subscriptione* « *sua vel depositione,* nisi quinquagesimam partem pretii vel « æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, acci- « pere. »

(2) Telle est la solution donnée à cette question par d'anciens interprètes, cités par Dumoulin, *sur la Coutume de Paris,* article 20 (ancien art. 13), gloss. 9, nº 4.

Dans ce passage, Dumoulin traite la même question, relativement à l'exercice du retrait féodal.

quel qu'en soit le titre, donnent ouverture à la perception du cinquantième du prix ou de l'estimation. Cette doctrine s'appuie, d'une part, sur la généralité des termes de la constitution, qui ne distingue pas entre la donation et la vente, et qui semble, au contraire, n'avoir distingué entre le cinquantième du prix et le cinquantième de l'estimation de la chose aliénée (1), que pour montrer que la prérogative du propriétaire s'exerçait dans tous les cas d'aliénation. Elle se justifie, d'autre part, par cette considération, que le consentement du propriétaire était également nécessaire dans les deux hypothèses, et que ce dernier ne devait pas mettre sa ratification à un moindre prix dans le cas d'une donation que dans celui d'une vente.

4. — En ce qui concerne les transmissions du droit emphytéotique, à cause de mort, la difficulté ne peut consister que dans la question de savoir si toutes les transmissions de cette nature échappaient à l'exercice de la prérogative du propriétaire. Or on n'a jamais douté que les transmissions, à titre héréditaire proprement dit, n'eussent été laissées par Justinien en dehors des dispositions de sa constitution.

(1) «... Non amplius eis liceat.... nisi quinquagesimam partem « *pretii vel æstimationis loci*..... accipere. »

L'emphytéose, concession à perpétuité de la jouissance d'un fonds, est faite tant au cessionnaire primitif qu'à ses héritiers. Il serait donc vrai de dire qu'il y aurait eu violation du contrat, par l'aggravation arbitraire de la condition d'une des parties, si le propriétaire avait pu exiger une certaine somme, à l'occasion de la mutation dans la personne de l'emphytéote, lorsque l'héritier prend la place du défunt. Dans ce cas, il y a continuation de la personne, plutôt que substitution d'une personne à une autre. Ce rapport a été parfaitement exprimé par le passage des Institutes (1), qui dispose : qu'aussi longtemps que le canon sera payé, le fonds ne pourra être enlevé : « neque ipsi con- « ductori, neque hæredi ejus cuive conductor hæ- « resve ejus id prædium vendiderit aut dona- « verit..... »

5. — Mais il est un cas de transmission du droit emphytéotique, à cause de mort, qui semble devoir être assimilé aux cas de transmission entrevifs et qui leur a été effectivement assimilé par les interprètes ; c'est le cas de transmission du droit emphytéotique par l'effet d'un legs.

On ne saurait dire que le légataire fait, avec son auteur, une seule et même personne civile, ni

(1) § 3. *de locat. conduct.*

qu'il se trouvait virtuellement compris dans la concession primitive, comme l'héritier. C'est à ce dernier que le droit emphytéotique aurait dû appartenir; c'est lui que le propriétaire devait avoir pour débiteur. Le legs a donc le même effet que l'aliénation entre-vifs, il substitue un nouveau débiteur au débiteur naturel du propriétaire. Or, c'est à raison de cette substitution, que la perception d'un cinquantième du prix ou de la valeur de la chose a été autorisée dans le cas de l'aliénation entre-vifs. Il semble donc impossible de ne pas admettre qu'elle pouvait avoir lieu, dans le cas de transmission par l'effet d'un legs.

Toutefois, on ne saurait méconnaître ce fait, qu'il n'y a pas, dans la constitution de Justinien, un seul mot qui se rapporte au cas de transmission à cause de mort. Il est même assez difficile de concevoir comment on pourrait appliquer au cas d'un legs, qui aurait opéré de plein droit la transmission d'un droit emphytéotique, les dispositions de la constitution, qui supposent la nécessité d'un acte extérieur pour la réalisation du projet d'aliénation.

6. — Le principe, d'ailleurs certain, que l'héritier de l'emphytéote n'a rien à payer au propriétaire, à raison de la mutation, a fourni aux inter-

prètes l'occasion de soulever deux questions, dont Justinien ne paraît s'être, en aucune manière, préoccupé.

La première est celle de savoir si la prérogative du propriétaire doit être exercée dans le cas d'une aliénation entre-vifs, faite par l'emphytéote à son héritier présomptif? ou, tout au moins, si le cinquantième, perçu par le propriétaire, ne doit pas être restitué, lorsque le nouvel emphytéote, héritier présomptif, au moment de l'aliénation, est ensuite appelé réellement à recueillir la succession?

Il nous semble qu'il n'y a même pas de prétexte à la question, si l'on suppose qu'il s'agit d'une vente ou de toute autre aliénation à titre onéreux. Lorsqu'un emphytéote traite avec son héritier présomptif comme avec un étranger, on ne comprendrait pas que la qualité de cet acquéreur pût faire obstacle à l'exercice de la prérogative du propriétaire. La question ne nous paraît pas non plus susceptible d'un doute sérieux dans l'hypothèse d'une disposition, faite en avancement d'hoirie. Il est vraiment étrange qu'on propose, comme une objection contre la perception du cinquantième, cette considération, qu'il n'y aurait pas eu lieu à la perception, si l'emphytéote, au lieu de transmettre son droit de son vivant, avait laissé les

choses suivre leur cours naturel, qui aurait transporté le droit emphytéotique à la même personne, quoiqu'un peu plus tard. Il serait, sans doute, suffisant, pour repousser cette considération, de faire observer qu'il n'est pas certain, pour le propriétaire, que l'héritier présomptif, au moment de la donation, deviendra l'héritier de fait du donateur (1). Mais n'est-il pas évident que, pour décider si le cinquantième est dû au propriétaire, il faut considérer uniquement ce qui a été fait, sans se préoccuper de savoir si l'on aurait pu obtenir le même résultat d'une autre manière. Or, il est certain que, par l'effet d'une aliénation entre-vifs, un nouveau débiteur a pris la place de l'ancien, que le propriétaire pouvait avoir intérêt à conserver jusqu'à son décès. Le propriétaire ne peut pas être forcé de subir cette novation sans dédommagement. C'est pourquoi le cinquantième de la valeur de l'objet aliéné pourra être perçu (2).

(1) Peut-être croirait-on écarter cette fin de non-recevoir contre l'objection, en disant que, si l'héritier présomptif ne se trouve pas plus tard héritier de fait, le propriétaire pourra exercer rétroactivement sa prérogative. Mais, si l'on s'engage dans cette voie, pourquoi ne déciderait-on pas que le cinquantième perçu devrait être restitué, si le donataire, étranger à l'emphytéote, se trouvait plus tard institué par lui pour héritier.

(2) Comp. Thibaut, *Système des Pandectes*. § 778.
M. Vuy, *op. laud.* p. 194.

La seconde question se présente dans le cas d'un partage entre les héritiers d'un emphytéote et d'une licitation, par le résultat de laquelle l'un des cohéritiers deviendrait seul emphytéote. Il n'est pas douteux que cet héritier pourra refuser au propriétaire le droit de percevoir le cinquantième de sa portion héréditaire dans la valeur du droit emphytéotique. Mais devra-t-il payer ce cinquantième sur le prix des parts de ses cohéritiers, dont il est devenu acquéreur ?

Des auteurs graves (1) ont pensé que, dans une semblable situation, il n'était rien dû au propriétaire. Ils ont appuyé leur opinion sur le texte suivant, tiré de la novelle 112, C. 1, qui semble trancher toute difficulté :

« Quando res litigiosæ per successionem ad « hæredes perveniunt, harum rerum inter hære- « des divisio non debet pro alienatione haberi. » (2).

(1) Faber. in Cod. lib. IV, tit. 66. *Defin.* 29. 55. 71.
Voët, *ad titul. Pand. Si ager vectig.* § 35.
Glück, *Comment.* tom. VIII, page 491.
Et les citations faites par M. Vuy, *op. laud.*, page 194, not. 414.

(2) M. Vuy, *op. laud.* p. 193 *in fine*, 194 *in princip.* traduit ainsi la pensée de la novelle, dont il cite d'ailleurs les termes mêmes : « divisio inter hæredes *alienationem non continet.* » La novelle dit qu'un semblable partage « non debet *pro alienatione haberi.* »

Si l'on veut prendre à la lettre cette décision de la novelle, et surtout l'ériger en maxime générale, comme l'ont fait les auteurs qui viennent d'être cités, il ne faut plus dire, qu'en droit romain, le partage était attributif de la propriété. Il faudra décider désormais qu'il ne faisait que déclarer la propriété, comme dans le droit français : ce qui serait manifestement inexact (1).

Les termes réservés de la novelle auraient dû prévenir tout équivoque sur sa portée. Elle établit simplement une exception à la règle générale, qui défendait l'aliénation des choses litigieuses, en décidant que les héritiers, qui, dans un partage, mettront une chose litigieuse dans un des lots, ne seront pas censés avoir fait une aliénation. Il est vrai que cette expression est trop générale et qu'il aurait mieux valu dire qu'il y aurait, dans ce cas, exception à la règle. Mais il est étonnant que des auteurs si graves se soient laissé égarer par une locution si manifestement inexacte. M. Thibaut (2) n'est pas tombé dans cette erreur.

(1) Fr. 6, § 8. D. *commun. divid.*
« Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo judicio, sed jus pignoris creditori manebit, etiam si adjudicatus fuerit : nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. »

(2) *Système des Pandectes*, § 778.

7. – La constitution de Justinien ne nous donne aucun renseignement sur le mode de perception de ce cinquantième du prix ou de l'estimation de la chose aliénée.

En distinguant ainsi entre le prix ou l'estimation, se référait-elle tacitement à deux hypothèses différentes, suivant qu'il s'agirait d'une vente ou d'une donation? ou bien, a-t-elle fait allusion à une ressource, qu'elle entendait accorder au propriétaire contre la collusion de l'ancien emphytéote avec le nouveau, et qui aurait consisté dans la faculté de requérir l'estimation de la chose, lorsqu'il soupçonnerait qu'une partie du prix, véritablement stipulé, aurait été dissimulée dans la dénonciation du projet de vente.

Nous ne saurions admettre cette dernière conjecture. Si Justinien avait entendu aborder cet ordre d'idées, il n'est pas probable qu'il se fût contenté d'une simple allusion. Il est plus vraisemblable de supposer qu'il avait en vue les cas d'aliénation, qui ne comportent pas la stipulation d'un prix, lorsqu'il a disposé que le propriétaire exercerait sur l'estimation de la chose le prélèvement du cinquantième.

Sans doute, il serait étrange que Justinien n'eût donné au propriétaire aucune garantie pour le cas

d'une déclaration inexacte de l'emphytéote, intéressé à le tromper. Aussi la question consiste-t-elle moins à demander si le propriétaire aura ou n'aura pas une garantie contre cet abus, qu'à rechercher si cette garantie ne consiste pas exclusivement dans la faculté d'exercer le retrait, en payant à l'emphytéote le prix déclaré; ou si le propriétaire aura, en outre, la faculté de recourir à une autre expertise, pour faire déterminer la véritable valeur de la chose. Il nous semble que le bénéfice d'une semblable expertise doit être refusé au propriétaire, quoiqu'il puisse arriver quelquefois qu'il se trouvera obligé d'accepter une déclaration, évidemment mensongère, faute de ressources suffisantes pour l'exercice du retrait. Mais, en thèse générale, la décision contraire présenterait un inconvénient beaucoup plus grave, celui d'exposer l'emphytéote à payer au propriétaire au delà du cinquantième du prix véritable (1).

(1) Aussi voyons-nous que, dans notre ancienne jurisprudence, le seigneur féodal n'avait que l'option de prendre le bon marché de l'acquéreur en exerçant le retrait, ou de se contenter du quint sur le prix de vente déclaré.

C'est seulement après que le droit proportionnel eut cessé d'être un *profit seigneurial* pour devenir un *impôt*, que la ressource de l'expertise a été donnée au fisc, auquel ne pouvait convenir celle du retrait.

Cela posé, il s'agit de déterminer à laquelle des deux parties le propriétaire devra s'adresser, pour la perception du cinquantième?

Cette question est très-controversée (1).

Il ne faut pas la confondre avec celle de savoir quelle sera, en définitive, la partie à la charge de laquelle retombera cette perception. Il est clair que, dans les cas de donation, ce sera presque toujours à la charge du donataire, qui subira ainsi un prélèvement, au profit du propriétaire, sur la valeur dont il est gratifié. Au contraire, dans le cas de vente, ce sera toujours le vendeur qui supportera la charge de ce prélèvement : car l'acquéreur ne se propose jamais de débourser une somme supérieure à celle du droit qui lui est transporté. Cette vérité ne saurait être méconnue même par l'opinion qui décide que le propriétaire doit s'adresser au nouvel emphytéote (2).

Comp. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, tom. IV, page 381, n° 3269.

Pothier, *Traité des fiefs*, part. 2, chap. II, art. 1. *V.* les cinq premiers alinéa.

(1) M. Vuy, *op. laud.*, p. 192, not. 410, cite des autorités fort graves en faveur de l'opinion qui décide que le propriétaire doit s'adresser au nouvel emphytéote. Quant à lui, il se prononce en faveur de l'opinion contraire, par des motifs qui nous semblent péremptoires.

(2) C'est ce qui a été parfaitement compris par Dumoulin, traitant la question analogue, soulevée par le droit féodal.

La seule question à examiner est celle de savoir à quelle partie le propriétaire devait s'adresser pour réclamer le cinquantième qui lui était dû, ou plutôt de laquelle des deux parties il devait attendre son payement. Il serait même plus exact, ainsi qu'on le reconnaîtra tout à l'heure, de demander

Il est remarquable que la Coutume de Paris n'a pas toujours eu la même disposition sur ce point.

Par son ancien art. 23 elle décidait que le vendeur était tenu des droits de quint envers le seigneur. *V. le commentaire de Dumoulin*, § 33, gl. II. Par son nouvel art. 33, elle disposa que c'était l'acheteur. Dumoulin, *eod. op.* § 33, gl. I.

Dumoulin écrivait sous le régime de l'ancienne coutume; mais son commentaire a été distribué ensuite, et notamment dans l'édition citée (1681), conformément à la série des articles de la nouvelle coutume.

Nonobstant le texte de la coutume de son temps, et quoiqu'il reconnût que « quintum pretii (nisi aliter dictum sit) « defalcatur venditori et ad onus ejus spectat » (*op. laud.*, § 33, gl. II, n° 4, comp. § 20, gl. IX, n° 4) il ajoutait immédiatement : « Et sic emptor non tenetur integrum pretium solvere « venditori, sed quintum pretii poterit retinere, ut solvat patrono. » (*Eod. op.*, § 33, *ead. gl.*, *eod. num.*) Il n'est pas douteux que ce ne soit cet usage, attesté par Dumoulin, qui ait déterminé le changement dans la rédaction de la coutume. Mais on voit que si, dans l'usage, c'était l'acheteur qui payait le quint, dans la réalité, c'était le vendeur qui en supportait la charge.

Il suit de ce rapprochement que la question de savoir quelle partie fera en définitive les frais du payement du cinquantième, est tout à fait indépendante de la question de savoir à quelle partie incombe l'obligation d'effectuer ce payement. C'est tout ce que je me proposais de démontrer. D'ailleurs, il n'y a point parité absolue entre la position du seigneur féodal réclamant ses profits, et celle du propriétaire exerçant la prérogative conférée par la constitution de Justinien.

quelle était celle des deux parties contractantes qui pouvait exiger de l'autre qu'elle payât au propriétaire le prix de son consentement.

A cet égard, l'interprétation de la constitution de Justinien ne saurait être douteuse. D'abord elle ne s'occupe, en général, que de régler les relations du propriétaire avec l'emphytéote qui se propose d'aliéner. Le cinquantième du prix ou de la valeur, qui doit lui être payé, est le prix de la permission, qu'il donne à l'emphytéote, de consommer l'aliénation de son droit; c'est surtout une indemnité, à raison de la novation qui s'opère, au profit de l'ancien emphytéote et sans que le propriétaire puisse refuser d'y accéder.

Mais il ne faut pas oublier que, si l'ancien emphytéote était seul obligé personnellement à satisfaire le propriétaire, le nouvel emphytéote avait le plus grand intérêt à surveiller l'accomplissement de cette obligation. Elle avait pour sanction la déchéance de l'ancien emphytéote qui y aurait contrevenu, et, conséquemment, la résolution du titre de l'aliénation. Le nouvel emphytéote était véritablement responsable, comme tiers détenteur, du payement du cinquantième du prix entre les mains du propriétaire (1). Aussi doit-on regarder comme vrai-

(1) Dumoulin, écrivant sous le régime d'une coutume dont la

semblable qu'il se chargeait lui-même d'effectuer ce payement, dont il retenait alors le montant sur le prix stipulé. Si les emphytéoses avaient été aussi usitées dans le Bas-Empire que les fiefs et les censives dans notre ancien régime, il n'est pas douteux que l'usage se serait introduit progressivement de régler le prix de la vente du droit emphytéotique sous l'influence de cette clause tacite, que l'acquéreur se chargerait d'effectuer le payement de ce qui était dû au propriétaire.

§ XXXI.

De la transmission héréditaire du droit emphytéotique.

Il n'y a aucune raison de supposer que la transmission héréditaire du droit emphytéotique fût

disposition expresse coïncidait avec l'interprétation qui vient d'être donnée à la constitution de Justinien, n'hésitait pas à décider que l'acheteur était tenu envers le propriétaire du payement du quint, en cas de vente d'un fief. (§ 33, gl. II, n° 4.) Mais comme il venait de reconnaître que cette obligation incombait au vendeur personnellement, le sens de ce passage est évidemment que l'acheteur était tenu comme détenteur de la chose.

Je répète que je ne cite pas les décisions de Dumoulin, sur des points de droit féodal, comme immédiatement applicables au droit romain. Mais, à défaut de renseignements directs, il faut bien consulter les analogies et recourir aux inductions. Celles que fournissent les relations féodales et les coutumes qui les régissaient, sont assurément très-précieuses. Il ne faut

soumise à d'autres règles que celles du droit commun. Conséquemment, si l'emphytéote laissait plusieurs héritiers, le droit emphytéotique leur appartenait indivisément. Chacun d'eux ne se trouvait obligé envers le propriétaire au payement du canon que dans la proportion de ses droits dans l'hérédité. Mais, si le canon ne se trouvait pas intégralement payé, soit par chacun pour sa part personnelle, soit par quelques-uns à défaut de tous, il est clair que le propriétaire pouvait demander la déchéance contre tous : autrement il y aurait eu un véritable morcellement de l'emphytéose, que le propriétaire n'était pas tenu de subir. C'est pour cette raison que, si les héritiers procédaient à un partage de la succession, ils pouvaient bien comprendre le droit emphytéotique dans l'action « familiæ erciscundæ », mais à la condition que le fonds emphytéotique ne serait pas partagé en nature ; c'est-à-dire à la condition qu'il serait attribué à un seul des copartageants ou à plusieurs, indivisément (1).

pas oublier que dans l'explication des antiquités romaines, les institutions du moyen age ont servi plus d'une fois à Niebühr de points de comparaison.

(1) Comp. fr. 11. D. *familiæ erciscundæ* et fr. 7. D. *communi dividundo*. Ce dernier est ainsi conçu : « Communi dividundo ju- « dicium locum habet et in vectigali agro. Sed vectigalis ager an

§ XXXII.

Emphytéoses exceptionnelles.

1. Emphytéose des biens du domaine impérial.

La théorie de l'emphytéose, telle que nous avons essayé de la rétablir au moyen des trois constitutions du code de Justinien « de jure emphyteutico », formait, sous le règne de ce prince, ce qu'on peut appeler le droit commun de la matière.

Il y avait, en outre, des emphytéoses soumises à un régime exceptionnel.

Telle était l'emphytéose des biens du domaine impérial; car il faut remarquer que presque toutes les constitutions, que nous avons citées dans l'exposition historique des antécédents de l'emphytéose pour établir l'état des idées avant Justinien, se retrouvent dans son code, à l'état de lois en vigueur.

Les particularités de cette emphytéose sont peu nombreuses. D'ailleurs, elles ressortent suffisam-

« regionibus dividi possit? videndum. Magis autem debet judex « abstinere hujusmodi divisione, alioquin præstatio vectigalis « confundetur. »

Il ne faut pas hésiter à regarder comme applicables à l'emphytéose ces textes, dont la rédaction remonte à une époque où l'on ne connaissait encore que le « jus in agro vectigali ».

ment des détails historiques, dans lesquels nous avons cru nécessaire d'entrer et que nous ne saurions reproduire ici, sans double emploi.

§ XXXIII.

2. Emphytéose des biens ecclésiastiques.

Justinien, dans les novelles 7 et 120, a soumis à des règles spéciales l'emphytéose des biens ecclésiastiques.

1.—La novelle 7 a pour objet de prévenir les aliénations abusives des biens des églises et des autres établissements de piété ou de charité; elle étend la prohibition d'aliéner au cas de constitution d'une emphytéose perpétuelle. Les emphytéoses temporaires sont seules applicables aux biens de ces établissements, et la novelle en subordonne la validité à l'accomplissement de certaines solennités, prescrites dans un intérêt de bonne administration, et dont l'énumération serait ici sans utilité (1).

Toutefois la durée de ces emphytéoses temporaires pouvait être indéterminée. Il paraît qu'elles étaient ordinairement constituées pour toute la vie de l'emphytéote primitif et, successivement, de

(1) Comp. nov. 7. C. 3.

deux autres personnes, qui devaient être ses descendants. Cependant, à défaut de descendants, le conjoint survivant de l'emphytéote primitif conservait la jouissance viagère du droit emphytéotique (1), si le titre de la constitution de l'emphytéose autorisait cette succession par une clause expresse.

2. — Dans la novelle 120, Justinien modifia la rigueur de la prohibition de constituer une emphytéose perpétuelle sur des biens ecclésiastiques.

Il déclara que cette prohibition serait désormais restreinte aux biens de l'Église de Constantinople; les autres églises eurent la faculté de constituer des emphytéoses, conformément au droit commun. Toutefois, il est très-douteux que les emphytéoses, constituées sur des biens ecclésiastiques, fussent de plein droit perpétuelles, à défaut de la stipulation expresse d'un terme (2). Il est plus probable que la perpétuité de l'emphytéose avait besoin d'être formellement exprimée.

(1) Nov. 7. C. 3. *in. pr.*
Je remarque que la novelle 120, qui remit en vigueur et compléta la novelle 7, ne contient pas la même mention, en ce qui concerne le conjoint survivant. Comp. nov. 120. C. 1.

(2) Nov. 120, C. 6.
Et hoc quidem super iis, quæ majoris ecclesiæ sunt et prædictarum venerabilium domorum, *quæ sunt in hac regia civi-*

En ce qui concerne l'Église de Constantinople elle-même, la prohibition ne demeura pas absolue. Lorsqu'elle se trouvait propriétaire d'édifices ruinés, que ses ressources ne lui permettaient pas de relever, elle pouvait les concéder, à titre d'emphytéose perpétuelle. Seulement la novelle réglait à l'avance le taux du canon emphytéotique qui devrait être payé à l'Église. Elle le fixait au tiers du revenu de ces édifices, avant leur ruine, si l'emphytéote consentait à le payer, à partir de la date du titre emphytéotique. Il devait être égal à la moitié du revenu dont les édifices rétablis seraient susceptibles, si l'emphytéote aimait mieux prendre pour point de départ de son obligation l'achèvement des travaux de restauration (1).

3. — L'emphytéose des biens ecclésiastiques se distinguait encore de l'emphytéose ordinaire par plusieurs particularités moins essentielles.

Le contrat emphytéotique devait nécessairement être rédigé (2).

tate, vel ejus circuitu adhærentium, disposuimus. *In aliis verò sanctissimis ecclesiis*..... consequenter definire prævidimus.

§ 1. Licentiam igitur domus prædictis venerabilibus domibus non solùm ad tempus emphyteusin facere immobilium rerum, sibi competentium, sed et perpetuè hæc *eis* emphyteutico jure *volentibus* dari.

Comp. *ead. nov.*, C. 1.

(1) Nov. 120, C. 1, § 2.

(2) Nov. 120, C. 5. *In princ.*, et C. 6, § 2.

La déchéance de l'emphytéote, faute de payement, était encourue après deux ans, au lieu de trois (1). Il est même remarquable qu'à l'égard de l'Église, il n'y a pas lieu de discuter si, après avoir poursuivi l'emphytéote et reçu, sans faire aucune réserve, les termes arriérés du canon, elle pouvait encore provoquer l'expulsion. Il résulte formellement du texte de la novelle que l'Église avait ce droit (2).

Enfin les églises jouissaient d'un droit de retrait, tout à fait en dehors du droit commun, dans le cas où l'emphytéose parviendrait « *aut in imperialem* « *domum, aut in sacrum nostrum ærarium, aut in* « *civitatem aliquam, aut in curiam, aut in aliquam* « *venerabilem aliam domum* » (3). Ce retrait avait lieu, quel que fût le titre d'acquisition, aussi bien dans le cas de transmission entre-vifs que dans celui d'une transmission à cause de mort. Il pouvait être exercé pendant un délai de deux ans.

(1) Nov. 7, C. 3, § 2.

(2) Nov. 120, C. 8.

..... Damus licentiam venerabili domui, ex quâ emphyteusis facta est, *et quæ debentur* illi *pro præcedente tempore.... exigere et ejicere de emphyteusi.*

(3) Nov. 120, C. 1, § 1.

Il n'y a pas lieu de signaler, entre ce retrait et ceux de notre ancienne jurisprudence, la différence que nous avons relevée, d'après Pothier, *suprà*, p. 117, note 2.

§ XXXIV.

Conclusion. — Idée générale de l'emphytéose.

1. — Nous avons recherché dans les sources originales les éléments d'une théorie complète de l'emphytéose.

On a pu remarquer que plus d'un détail de doctrine avait été transporté de la théorie de certaines institutions, l'usufruit et la location perpétuelle par exemple, dans la théorie de l'emphytéose. Il aurait été facile de faire, en outre, plusieurs rapprochements entre l'emphytéose et le colonat, autre institution contemporaine (1). Mais la recherche des analogies nous aurait emportés trop loin. Nous avons dû nous en tenir aux rapprochements, qui étaient indispensables pour marquer la progression des faits et la filiation des idées.

Entre l'emphytéose et quelques autres institutions, il existe certainement de grandes ressemblances dans la doctrine : on peut signaler une grande analogie dans les situations, qui résultent

(1) M. Laboulaye, *Hist. du droit de propriété foncière en Occident*, liv. II, chap. XVIII, semble supposer qu'il existait entre le colonat et l'emphytéose une affinité qui n'a pas été suffisamment signalée par les auteurs; mais il ne la fait pas connaître.

des unes et des autres. Toutefois on ne saurait méconnaître, dans la théorie de l'emphytéose, le caractère d'une véritable originalité.

Nous n'avons pas à rechercher la raison de cette originalité dans la situation économique et politique de l'état romain, au Bas-Empire. Il est évident que cette situation, sans exemple dans l'histoire, devait aboutir à des institutions inconnues aux temps précédents (1). Nous nous attacherons seulement à faire ressortir le caractère juridique, par lequel l'emphytéose se distingue de toutes les institutions, plus anciennes ou contemporaines, qui tendaient à établir entre un propriétaire et une autre personne une situation plus ou moins analogue à celle qui résultait de l'emphytéose.

2. — C'est incontestablement à la doctrine de l'usufruit que la théorie de l'emphytéose a fait les emprunts les plus considérables. L'analogie des situations, auxquelles l'une et l'autre institution correspondent, rendait ce résultat inévitable. Dans les deux cas, il y a fractionnement du droit de propriété, dont les différentes prérogatives se trouvent réparties de la même manière entre deux personnes.

(1) Cette situation de l'état romain est parfaitement décrite par M. Laboulaye, *Op. laud.*, liv. II, chap. XV-XX, et par M. Lehuërou, *Institutions mérovingiennes*, liv. I, chap. VIII.

L'usufruitier et l'emphytéote possèdent avec la même indépendance et défendent par les mêmes moyens les attributs de la propriété qui leur sont échus en partage. Toutefois, la différence qui sépare les deux institutions est profonde. Quelque fréquent que soit le cas d'usufruit, ce n'est jamais qu'un accident : la relation qu'il établit entre le nu-propriétaire et l'usufruitier est toujours temporaire. Au contraire, dans le cas d'emphytéose, la même division des attributs de la propriété se présente avec un caractère essentiellement permanent : la condition de l'emphytéote n'est pas moins définitive que celle du propriétaire. Aussi les destinées des deux institutions sont-elles bien différentes. L'emphytéose fut, au Bas-Empire, un expédient des propriétaires ruinés. A une autre époque, nous la verrons devenir, pour le propriétaire de vastes domaines, un moyen d'accroître sa richesse (1) ; mais toujours elle suppose un état anormal de la propriété foncière. L'institution de l'usufruit, au contraire, n'est point le résultat d'un état particulier de la richesse publique. Elle se rattache à des situations de famille, qui se présentent sous tous les régimes, et à des combinaisons d'intérêt privé, que multiplie le développe-

(1) Laboulaye, *opere laudato,* liv. VI, chap. VIII.

ment de la prospérité générale. Il n'y a peut-être pas une seule législation à laquelle elle ait été étrangère, et elle a une place assurée dans tous les codes à venir (1).

3. — Une différence d'une autre nature et peut-être plus profonde, distingue l'emphytéose de ces concessions d'une durée indéterminée, que l'état faisait à des particuliers de terres dépendantes du domaine public (*ager publicus*), à la charge d'une légère redevance annuelle. Cependant, la ressemblance extérieure pourrait paraître plus grande que dans le cas d'usufruit. Mais, au fond, ces concessions n'étaient pas autre chose que le « precarium » (2), cette institution du plus ancien droit romain, usitée entre simples particuliers. C'était une relation de fait plutôt qu'un rapport de droit (3). De même que le « precarium », la concession d'une

(1) Comp. préface du *Traité de l'usufruit*, par M. Proudhon.

(2) Sur le « precarium », comp. Savigny, *Traité du droit de possession*, § 42.

(3) Si celui qui possède, à titre de précaire, refusait de rendre la chose à la première réquisition de celui qui lui a fait la concession, sa possession devenait « injusta »; il ne pouvait plus réclamer la protection du Préteur.

C'est seulement à raison de cette circonstance que l'on peut dire qu'il existait un rapport de droit entre le concédant et le concessionnaire.

Comp. Savigny, *opere laudato*, p. 537 et 538, note 1 (6e édition).

portion de « l'ager publicus » était une grâce : dans les deux cas, le possesseur était à la merci du propriétaire (1). L'existence de semblables concessions a bien pu devenir l'occasion du développement de certaines institutions de droit fort importantes ; mais ces institutions concernaient surtout les rapports des concessionnaires avec les tiers (2). A l'égard du propriétaire, leur possession était le résultat d'une pure tolérance et pouvait cesser par l'effet d'un simple changement de volonté. On aperçoit, au premier coup d'œil, quel intervalle sépare cette institution de l'emphytéose. La concession d'une portion de « l'ager publicus » par l'état à un particulier établissait entre eux un rapport de patron à client. L'emphytéose constituait un contrat synallagmatique, dans lequel les droits et les obligations de chaque partie étaient rigoureusement déterminés.

4. — L'institution du bail perpétuel présente, avec l'institution de l'emphytéose, une analogie

(1) Fr. 2, § 3, *D. de prec.* Habere precariò videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est, *ex hac solummodo causâ*, ut *preces* adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Comp. le passage de Cicéron, sur la condition des *possessores agri publici*, rapporté *suprà*, p. 7, note 1.

(2) Comp. Savigny, *opere laudato*, § 12, *a*.

irrécusable et fondée sur de véritables rapports de droit. Il y a également, entr'elles et l'état général de la propriété foncière, une liaison nécessaire. Aussi avons-nous vu que, dans le droit romain, le bail perpétuel avait été en quelque sorte le précurseur de l'emphytéose. Toutefois, il a fallu plus d'un siècle pour franchir la distance qui sépare ces deux institutions (1). Il y a sans doute un grave danger pour le propriétaire à régler à perpétuité les conditions de la location de sa chose. Mais, en dernière analyse, la clause de la perpétuité, insérée dans un bail, ne le dénature point : ce n'est qu'une mesure d'administration, bonne ou mauvaise, suivant les circonstances. Le bail est toujours, pour le propriétaire, un mode de jouir de sa chose : le fermier, temporaire ou perpétuel, exploite comme son agent et son représentant. Le loyer, dans l'un et l'autre cas, est censé représenter le revenu net du fonds. Dans l'emphytéose, au contraire, il y a démembrement de la propriété. L'emphytéote participe aux bénéfices comme aux attributs de la condition de propriétaire. Le canon emphytéoti-

(1) Après la location perpétuelle, appliquée à « l'ager vectigalis » et aux fonds du domaine impérial, s'est présentée cette situation, caractérisée par l'expression de « jus privatum salvo canone ».

Comp. *suprà*, § 9, 10 et 13 de la première partie.

que n'a jamais été considéré comme représentant le revenu du fonds, réglé à forfait entre le propriétaire et l'emphytéote. C'est le prix de l'aliénation, que le propriétaire a faite en sa faveur, d'une portion considérable de son droit. Il ne subit aucune réduction proportionnelle, dans le cas de perte partielle du fonds.

5. — On ne saurait méconnaître que la répartition des prérogatives de la propriété entre l'emphytéote et celui qui retient exclusivement le titre de propriétaire, établit une sorte de prééminence au profit de ce dernier. Mais il ne faut pas se méprendre sur le caractère de cette prééminence : c'est le résultat d'un rapport de droit librement accepté. L'emphytéote n'a pas seulement des obligations envers le propriétaire ; il a des droits dont aucun obstacle ne gêne l'exercice. La prééminence de la condition de l'un, l'infériorité de la condition de l'autre se restreignent dans l'exécution du contrat emphytéotique. Aussi n'y a-t-il aucune comparaison sérieuse à établir entre la condition de l'emphytéote et celle du colon (1). Cette dernière constitue beaucoup plutôt un état de la per-

(1) La condition des « coloni » du Bas-Empire a été exposée par M. de Savigny, dans une dissertation spéciale et approfondie.

sonne (1) qu'un rapport de droit proprement dit. Il est bien vrai qu'en règle générale le colon ne peut pas être arraché à sa condition par le propriétaire. Il est également vrai que cette condition ne peut pas être arbitrairement aggravée par une augmentation de la rente, que le colon doit acquitter. C'est en cela que consiste la ressemblance de sa condition avec celle de l'emphytéote. Mais cette ressemblance est purement extérieure. A proprement parler, le colon n'a pas un droit acquis à la jouissance d'une certaine parcelle de terre : il y est attaché comme un instrument d'exploitation. Ce qu'on serait tenté de prendre, au premier aspect,

M. Zimmern, dans son *Histoire du droit romain*, a résumé tous les travaux de ses devanciers sur ce sujet. *Voy.* § 231.

L'institution du colonat, étudiée par ces deux auteurs sous un point de vue exclusivement juridique, a été envisagée, en outre, sous d'autres rapports, par M. Guizot, *Hist. de la civilisat. en France*, cours de 1830, 7e leçon, et par M. Laboulaye, *op. laud.*, liv. II, chap. XVIII.

Comp. aussi la préface du *Traité du louage*, par M. Troplong.

(1) Ce qui le prouve, c'est moins l'impossibilité où se trouvaient les colons d'aliéner leur pécule sans l'autorisation du patron (C. unic. C. Th. *ne colonus. V.* 11), que l'impossibilité où ils étaient, en thèse générale, d'intenter contre leurs patrons une action judiciaire. (C. 2, C. J. *in quib. caus. coloni, in fine.*)

En effet, la C. 2, C. J. *de omni agro deserto*, prouve que les fermiers perpétuels de « fundi patrimoniales » ne jouissaient pas d'une faculté illimitée d'aliéner leurs biens personnels.

pour des droits qui lui sont reconnus par la loi, n'est que des précautions qu'elle prend contre l'avidité des propriétaires, dont les exactions auraient promptement fait disparaître une classe de personnes qui, presque seule, fournissait à l'agriculture des laboureurs, à l'armée des soldats, au fisc une base précieuse pour l'assiette de l'impôt (1).

En résumé, le caractère essentiel de l'emphytéose ne consiste pas seulement dans le démembrement du droit de propriété dont les attributs se partagent entre deux personnes : il faut que ce démembrement constitue pour l'emphytéote et pour le propriétaire une condition définitive. Il est bien vrai que l'emphytéose établit une sorte de prééminence du propriétaire sur l'emphytéote ; mais cette relation n'affecte pas l'état des personnes. Le contrat emphytéotique n'est donc pas autre chose que la combinaison de deux institutions de l'âge classique du droit romain : l'usufruit et la location perpétuelle. Cependant il aboutit à un résultat qui répugnait profondément au génie du droit romain.

(1) C'est ce qui a été parfaitement compris et démontré par M. Zimmern, *opere laudato*, t. I, 2e part., p. 856, *in fine*, et note 43.

Il cite la C. 7, C. J. *de agric.*, et la C. 11, C. J. *Commun. utr. jud.*, qui contiennent les mêmes décisions, tant à l'égard d'esclaves proprement dits, qu'à l'égard des colons.

Aussi, la tendance à la consolidation est-elle manifeste. Sans parler du droit de retrait, accordé au propriétaire dans tous les cas d'aliénation, il ne faut pas chercher une autre explication de cette multiplicité de déchéances qui menacent l'emphytéote.

TROISIÈME PARTIE.

DE L'EMPHYTÉOSE DEPUIS LA CHUTE DE L'EMPIRE D'OCCIDENT JUSQU'A L'AVÉNEMENT DE LA FÉODALITÉ.

§ Ier.

Idée générale de l'histoire de l'emphytéose pendant cette période.

L'histoire de l'emphytéose ne doit pas être confondue avec l'histoire de la théorie romaine de l'emphytéose.

Si on la réduit à ces proportions, nulle période historique n'est moins digne d'attention que celle dans laquelle nous entrons. Il suffirait de rappeler ce résultat général, acquis à l'histoire par les travaux de M. de Savigny (1), qu'à aucune époque le droit romain n'a été étranger au moyen âge. D'ailleurs la recherche pénible des textes, qui font une mention spéciale de l'emphytéose, n'offrirait plus qu'un intérêt de curiosité. Il ne faudrait même pas croire que, partout où le mot se rencontre, il se

(1) *Histoire du droit romain au moyen âge.* — Traduction de M. Guénoux, 3 volumes.

réfère à l'institution du droit romain. On l'employait souvent comme un terme générique, applicable à toutes les concessions héréditaires, distinctes de la transmission de la propriété (1).

Mais si l'on fait consister l'histoire de l'emphytéose dans l'étude des institutions, qui reproduisirent successivement et avec plus ou moins d'énergie les caractères essentiels de l'institution romaine; la période historique, qui se place entre la chute de l'empire d'Occident et l'avénement de la féodalité, présente des résultats d'une très-grande importance. Ils doivent être étudiés avec d'autant plus de soin qu'ils ont plus d'originalité.

Il ne s'agit pas simplement de constater de légères déviations, des modifications de détails introduites par les mœurs germaniques et les accidents de la conquête dans la relation emphytéotique. Il est vrai que quelques-unes des institutions nouvelles, dont nous allons nous occuper, semblent ne présenter d'autre différence que celle de la dénomination. Mais la plupart diffèrent de l'emphytéose autant que la nature des choses le comporte. Au fond, elles se résolvent toutes en un phénomène identique.

(1) Eichorn, *Histoire politique et juridique d'Allemagne*, § 368, t. II, p. 717, 4e édition.

Ce qui distingue la théorie romaine de l'emphytéose, c'est que le rapport de droit entre les deux personnes, qui se partagent la propriété du même objet, est absolument indépendant de la condition de ces personnes. Il n'en est pas une suite et il n'exerce sur elle aucune influence.

Après l'invasion germanique, il y a presque toujours une liaison étroite entre ce rapport et l'état des personnes. Les nuances, souvent délicates, qui servent à distinguer les institutions dont il est question, dérivèrent originairement de la condition des personnes, entre lesquelles ce rapport s'est établi. On ne tarda pas à prendre en considération, pour déterminer l'état de la personne, plutôt le titre de concession de sa terre que son origine et ses antécédents (1).

L'emphytéose était une anomalie dans le droit romain : ce fut la misère publique qui l'y introduisit. Le propriétaire ne trouvait plus de fermier :

(1) Comp. Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, 4e Essai, p. 89, édit. de 1823.

Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, liv. VI, chap. I.

« ..... Servi, qui honorati beneficia et ministeria tenent vel in vasallatio honorati sunt. »

Capitulaire du roi Pepin, année 793. Baluze, I, p. 541.

Voy. cependant Beaumanoir, chap. XLVIII, *des fiés vilains*, no 1. Édit. Beugnot, t. II, p. 254.

il proposa au cultivateur de l'associer à la propriété. Mais au Bas-Empire un pareil marché était ruineux. L'emphytéose fut un expédient plutôt qu'une ressource.

Les institutions du moyen âge, qui correspondent à l'emphytéose, constituent le régime commun de la propriété foncière. Elles ne procèdent pas non plus de la même cause : si la nécessité ne fut pas sans influence sur leur développement, leur véritable origine doit presque toujours être recherchée dans les mœurs germaniques. Leurs destinées ne furent pas moins différentes. Ce fut par elles que l'ordre s'introduisit dans ce chaos anarchique, d'où sortit lentement la féodalité (1). Ce sont elles qui ont servi de point de contact entre la masse des hommes libres et les classes asservies. Elles ont ainsi préparé une alliance que le monde n'avait pas encore vue se réaliser et dont ce n'est pas ici le lieu de rappeler les résultats.

Au surplus, on ne saurait méconnaître dans ce nouvel état de choses la persistance et l'influence de la tradition romaine.

(1) Ce résultat a été signalé et expliqué par M. Guizot, dans ses 4e et 5e Essais, *op. laud.* — Laboulaye, liv. VIII, chap. V; liv. X, chap. II et XI.

On sait que l'invasion germanique n'eut pas pour conséquence l'extermination ou l'asservissement de la population romaine. Cette population conserva son droit privé et une partie notable de ses institutions (1). L'ascendant d'une civilisation supérieure, et surtout le crédit du clergé, plus grand sur les Barbares que sur les Romains, donnèrent au droit des vaincus une grande influence sur la législation personnelle des vainqueurs; plus tard les législations personnelles des populations diverses, qui habitaient les mêmes contrées, se combinèrent et donnèrent naissance aux différents systèmes de droits territoriaux : le droit romain entra comme élément nécessaire dans ces combinaisons (2). Dans les pays même où il n'eut qu'une part imperceptible dans la formation du droit territorial, il ne tarda pas à exercer une très-grande influence sur le développement de la jurisprudence, grâce à la renaissance des études juridiques, dont il devint le principal objet. De cette manière, il devint le droit subsidiaire de presque tous les pays dont il n'était pas le droit commun.

(1) Comp. la préface de l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par M. de Savigny.

(2) Savigny, *op. laud.*, t. I, chap. III, § 18 et suiv.

Mais ce dernier résultat ne se place point entre la chute de l'empire romain et l'avénement de la féodalité (1). La période dans laquelle nous entrons, est celle de la co-existence des éléments divers qui devaient plus tard *s'appiler* (2) dans cet ordre qui fut la féodalité. On y distingue aisément les institutions d'origine germanique et celles qui procèdent plus ou moins directement du droit romain, mais qui prirent alors le caractère par lequel elles se rapprochent de l'emphytéose.

§ II.

De l'emphytéose proprement dite.

Nous avons vu que l'emphytéose n'avait pas été considérée comme contrat du droit commun longtemps avant l'empereur Zénon. On a remarqué que deux constitutions, sur trois qui composent au code de Justinien le titre « de jure emphyteutico », étaient émanées de ce dernier empereur. D'après cela, on ne devrait guère s'attendre à rencontrer cette institution dans les temps postérieurs à l'invasion germanique. Cependant, il ne faut pas oublier que, dans le

(1) Falck, *Encyclopédie juridique*, traduite par M. Pellat, § 90.

(2) C'est par cette expression, empruntée à Montaigne, que M. Guizot a caractérisé l'avénement de la féodalité, *op. laud.*, p. 349.

court intervalle qui sépare la chute de l'empire des Ostrogoths de l'établissement de la domination des Lombards, Justinien gouverna l'Italie et qu'il s'empressa d'y faire publier ses recueils officiels du droit romain (1).

Ce qui pourrait faire penser que l'emphytéose du code Théodosien est la seule que le moyen âge ait connue, c'est que tous les documents qui reproduisent cette expression se rapportent à des biens ecclésiastiques (2). Il est même remarquable que l'auteur du traité complet *du Droit romain usuel,* intitulé « *Petri exceptiones* », ne fait mention de l'emphytéose qu'en traitant de cette sorte de biens (3) et qu'il ne la rappelle pas en parlant des conventions, usitées entre particuliers. Mais cette induction est démentie par les faits : car la règle, rapportée dans ce recueil, est précisément empruntée au droit de Justinien.

(1) *Pragmatica sanctio Justiniani imperat. anni* 554, ch. XI.

(2) *Voy.* entre autres:

Troisième addition aux Capitulaires de l'édition de Baluze, cap. LVI, *de Sanctis Ecclesiis;* — Baluze, I, p. 466, et encore p. 1173. — Cap. X du *Synodus Pontigonensis.* — Baluze, II, p. 241. — Cap. XLIII des *Capitula excerpta ex lege Longobardorum.* — Baluze, II, p. 341; I, p. 690.

(3) Ce petit traité se trouve dans l'appendice, à la suite du dernier volume de l'ouvrage cité de M. de Savigny. — *Voy.* lib. I, chap. LX, *de Rebus Ecclesiæ.*

§ III.

Du « Libellarius contractus ».

Parmi les novelles de l'empereur Léon, il s'en trouve une, qui, d'après la rubrique, semblerait s'appliquer à l'emphytéose du droit commun. Elle est intitulée : « de perpetuis emphyteusibus ». En la lisant avec attention, on reconnaîtra qu'elle se rapporte à un contrat analogue, mais distinct.

Voici les termes de cette Novelle (1), dans la traduction latine :

« . . . . Narratum est...., quum domus in em-
« phyteusin datæ sint, jam tempore pacto decur-
« so, et locationis termino, et possessionis reno-
« vatione instante, non fieri statutam aliquam
« solutionem, quam peculiari nomine εἰσδικτικον
« vocant, sed ut præpositis pro ipsorum avaritia
« visum sit, ita talibus exactionibus domuum
« possessores perægravari. Id igitur et omnibus
« quidem grave existere, longe verò gravissimum
« pauperioribus esse videntes, propterea quod ita
« ipsis durior egestatis necessitas imponitur, ne
« id amplius fiat, lege cavemus, sed ut certa quan-
« titate ad duplum emphyteutici canonis consti-

(1) *Imp. Leonis August. novel. constitut.*, XIII.

« tuenda solutio definiatur, adscripta scilicet om-
« ni illatione in locationis instrumentis, et domui
« nulla novatione allata, nec vero in proprium
« præpositorum quæstum interversa, dum illi non
« ut domuum utilitati consulant, sed ut sceleste
« sibi lucrum parent, illam rem faciunt. »

On peut remarquer que la concession dont parle ce texte se distingue de l'emphytéose du droit commun sur deux points : 1° elle est nécessairement temporaire, et le terme en est précisément fixé ; 2° le renouvellement de la concession peut être exigé par le concessionnaire, à la charge de payer une somme, fixée de plein droit au double du canon annuel.

2. — Les anciens auteurs rapportent cette constitution à une concession, qu'ils désignent par les mots de « libellarius contractus » (1).

On ne peut pas se dissimuler que, dans l'acception vulgaire, cette dénomination n'a pas un sens aussi précis que celle de l'emphytéose. Dumoulin nous apprend qu'on s'en est servi comme d'un terme générique, et même très-élastique (2). Ce-

(1) Cujacii *Recitat. solemn.*, ad titul. cod. *de jure emphyteutico.*

(2) Dumoulin, sur la *Coutume de Paris*, § 73, n° 42. Le Capitulaire, déjà cité, du « *Synodus Pontigonensis* » (Bal., II,

pendant il paraît qu'on l'appliquait le plus souvent à un mode de concession dont Cujas donne l'idée suivante (1).

C'était une sorte de vente, dans laquelle la chose était transférée « jure venditionis », moyennant une somme une fois payée et une redevance annuelle. Seulement la vente n'était faite que pour une période, à l'expiration de laquelle l'acheteur ou ses héritiers, s'ils voulaient conserver leur possession, étaient obligés de racheter la chose à un prix déterminé d'avance par le contrat, sinon fixé par le juge.

Ainsi le « libellarius contractus » n'était pas, comme le contrat emphytéotique, une concession intermédiaire entre la vente et le louage : c'était une vente proprement dite, et de là on peut conclure que ce contrat donnait naissance à des droits plus étendus que ceux de l'emphytéote. Par exemple, il n'y aurait pas eu lieu aux distinctions que nous avons dû faire sur la question de savoir si l'emphytéote avait le droit de constituer des servitudes; la propriété n'était pas fractionnée : elle était véritablement transférée sous la condition résolutoire

241) paraît établir une assimilation entre cette concession et l'emphytéose : ..... « *Libellario vel emphyteuticario jure...* »

(1) *Loco laudato.*

que l'acheteur payerait la rente annuelle et, en outre, une certaine somme à chaque renouvellement du titre (1).

Il suit encore de cette grave différence entre l'emphytéose et le « libellarius contractus » que, dans l'hypothèse de ce dernier contrat, l'acheteur n'était pas obligé de payer au vendeur un cinquantième du prix ou de la valeur de la chose, s'il lui plaisait de l'aliéner. En un mot, il n'y a aucune conclusion à tirer du régime de l'emphytéose à celui du « libellarius contractus ».

Cependant il est impossible de méconnaître l'analogie profonde qui existe entre les deux situations (2). Elle devait être ostensiblement d'autant plus grande que le « libellarius contractus » semble n'avoir été autre chose qu'un moyen d'éluder la prohibition d'aliéner les biens de l'Église. Il fallait donc que celle-ci conservât le titre de propriétaire.

(1) Par cette combinaison, on donnait à une véritable aliénation le caractère d'une concession temporaire. Aussi l'empereur avait-il intitulé sa constitution « de perpetuis emphyteusibus ».

(2) Ducange, v° *Libellus*.

§ IV.

Du précaire.

1. — On retrouve fréquemment employée au moyen âge cette expression de l'ancien droit romain. La terminaison est un peu différente ; mais l'étymologie est la même. On suppose toujours que l'impétrant adresse une prière à celui qui fait la concession, et qu'il en reçoit une pure grâce.

Mais l'expression « precariæ » n'a pas, dans les chartes du moyen âge, une acception aussi précise et aussi rigoureusement déterminée que celle du mot « precarium » dans les textes des jurisconsultes classiques. Nous pouvons renouveler ici la remarque, déjà faite sur l'expression de « libellarius contractus » : c'était un terme générique, indistinctement appliqué à toute sorte de concessions émanant de l'Église, plutôt qu'employé pour caractériser un titre particulier de concession.

Un aperçu succinct de cette matière compliquée et difficile prouvera que cette expression était appliquée à des situations très-sensiblement différentes.

2. — On trouve dans la législation du Bas-Empire l'indication d'un procédé assez ingénieux, par lequel l'Église avait trouvé moyen d'utiliser son

superflu pour accroître sa richesse (1). Il consistait à abandonner la jouissance de certaines terres, à titre d'usufruit, à une personne qui donnait en retour la nue propriété de biens, qui lui appartenaient et dont elle se réservait l'usufruit. A la mort de cette personne, il s'opérait au profit de l'Église une double consolidation.

Il n'y avait rien de commun entre l'emphytéose et une semblable combinaison, à laquelle il n'y avait pas d'autres règles à appliquer que celles de l'usufruit. Elle avait encore moins de ressemblance avec le « precarium ». A vrai dire, c'était de part et d'autre un contrat à titre onéreux, ou, pour employer le langage du droit moderne, un contrat commutatif. Aussi la dénomination de précaire n'était point employée dans ce cas.

On retrouve au moyen âge la même combinaison; et, comme elle avait donné lieu à des abus au préjudice de l'Église, on s'était appliqué à la perfectionner. Des règles précises déterminaient la proportion qui devait exister entre la quantité des terres, dont l'Église concédait l'usufruit, et la quantité de celles qui étaient données en retour. Cette proportion était du double, si l'Église ne recevait qu'une nue

(1) Nov. 7. pr., et nov. 120, C. 2.

propriété; elle était du triple, si c'était la pleine propriété qui lui était abandonnée (1). Il n'est pas douteux que la jouissance des terres ainsi concédées par l'Église, était exempte de toute charge : le prix de la constitution de cet usufruit avait été acquitté suivant le tarif qu'elle-même avait établi. Cependant c'est alors que nous trouvons la dénomination « precaria », appliquée à cette combinaison.

L'emploi d'une expression, aussi visiblement impropre, ne peut s'expliquer que d'une seule manière. Il n'y avait pas de mot consacré pour la situation dont il s'agit : on eut recours à celui qu'un usage très-fréquent avait rendu le plus familier. Or, la dénomination de précaire s'appliquait très-naturellement à quelques autres situations, qu'on rencontre, à chaque pas, dans les monuments de cette époque.

On sait que les Germains se montrèrent plus gé-

(1) Capitulaire de Charles le Chauve, *in villâ Sparnaco*. Ann. 846, cap. XXII. — Baluze, II, 32.

« Precariæ autem à nemine de rebus ecclesiasticis fieri præsumantur, nisi quantum de qualitate convenienti datur ex proprio, « duplum accipiatur ex rebus Ecclesiæ, in suo tantùm qui dederit nomine, si res proprias et ecclesiasticas usufructuariò tenere voluerit. Si autem res proprias ad præsens dimiserit, ex « rebus ecclesiasticis triplum fructuario usu in suo tantùm quis « nomine sumat..... »

néreux encore que les Romains envers l'Église (1). Leurs libéralités consistaient ordinairement dans la donation d'une terre. Quelquefois le donateur cherchait à concilier ses intérêts temporels avec ses intérêts spirituels, en retenant au moins la jouissance viagère des biens qu'il donnait à l'Église. Cette combinaison se réalisait de deux manières : si le donateur était un homme puissant et qui ne demandait à l'Église que ses prières, il déclarait franchement dans la charte de donation qu'il se réservait l'usufruit (2) ; mais si le donateur était d'une condition plus humble, il abandonnait sa propriété sans réserve, ensuite il s'adressait à la générosité de l'Église, la priant de lui concéder à titre d'usufruit la terre dont il venait de se dessaisir (3). On comprend que sa requête n'était jamais repoussée. Deux chartes étaient alors échangées : l'une, dite « precaria », était remise par le concessionnaire à l'Église ; l'autre, dite « præstaria », par l'Église au concessionnaire.

Il est évident qu'on ne se serait point avisé de

(1) Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur les dispositions de leurs lois et les recueils de chartes et de formules.

(2) C'est le cas de la XXXV[e] formule de Sirmond ; — Baluze, II, 488. — *Ibid.*, formul. XXXVIII.

(3) *Formules* de Marculfe, lib. II, form. V ; *Appendix form.* XXVII, XXVIII, XLI, XLII. — *Formules* de Lindenbrog, form. XXII, XXIII, XXV.

ce détour, si l'usage et la loi de l'Église n'avaient admis de semblables concessions, faites du patrimoine même de l'Église (1). Nous trouvons, en effet, dans les monuments de l'époque, des traces assez fréquentes de cet usage. Ce n'était pas toujours la recommandation décisive de quelque puissant personnage (2) qui procurait à un de ses fidèles un précaire ecclésiastique, ou bien une contrainte spoliatrice (3) qui imposait aux églises et aux monastères la concession d'une grande partie de leurs domaines à titre de précaire. Il y avait aussi des concessions que l'Église faisait sur son patrimoine « spontaneâ voluntate » (4).

C'est proprement à ces dernières concessions que la dénomination de précaire devrait être réservée.

3. — Des concessions, dont les causes étaient

(1) *Form. Sirmond.* VII. — Charte rapportée par Baluze, II, 1403.

(2) Comme dans l'exemple cité par M. Guizot, *Essais*, p. 134, d'après le *Recueil des histor. de France*.

(3) *Voy.* le *Capitulaire* de Leptine. Ann. 743, C. II. — Baluze, I, 149.

(4) Cette curieuse distinction entre les concessions imposées à l'Église, et celles qu'elle faisait librement, se trouve formellement dans le Cap. de l'an 779, C. XIII :

..... Et sit discretio inter precarias de verbo nostro factas, et inter eas quas spontaneâ voluntate de ipsis rebus ecclesiarum faciunt.

si différentes, quoiqu'on les réunît sous une dénomination commune, ne pouvaient être faites au même titre. On tomberait dans une erreur également grave, si l'on croyait que la « precaria » était toujours faite sous la condition d'un cens annuel, ou si l'on posait en règle générale qu'elle n'y était jamais assujettie. A cet égard, il semble que tout dépendait des circonstances. Si l'on trouve beaucoup de précaires sous la condition du cens, on trouve quelquefois cette stipulation dans les cas où l'on devrait s'attendre le moins à la rencontrer, c'est-à-dire dans les cas où celui qui recevait, à titre de précaire, quelques biens de l'Église, lui avait lui-même fait l'abandon de tout ou partie de son patrimoine (1).

Mais il est très-probable que, dans ce cas, la proportion du double ou du triple entre l'importance des terres reçues de l'Église et de celles qui lui étaient abandonnées, n'était pas observée. En regardant de près, on remarquera que la stipulalation du cens se rencontre toujours, lorsque la concession du précaire est réellement faite du patrimoine de l'Église (2). L'absence de cette condi-

(1) *Formul. Lindenbrog.*, XIX. — Charte rapportée par Baluze, II, 824.

(2) *Form. Sirmond.*, VII. — Charte rapportée par Baluze,

tion ne se remarque guère que dans le cas d'une concession faite à l'ancien propriétaire d'un bien que l'Église venait de recevoir de lui à titre gratuit. C'est alors seulement qu'il peut être vrai de dire que tout dépendait des circonstances. Suivant la position personnelle de cet ancien propriétaire, la concession lui était faite à charge de redevance (1) ou sans cette condition.

Il est à peine nécessaire de remarquer que l'omission de la stipulation du cens s'explique seulement par cette considération que la jouissance du concessionnaire, à titre de précaire, était essentiellement temporaire. Autrement, l'Église n'aurait gagné à l'abandon de la terre, dont elle faisait ensuite la concession, qu'un vassal de plus. Mais, en pareil cas, la concession n'avait pas lieu à titre de précaire : c'était un bénéfice.

4. — C'est ici qu'il faut mettre en évidence le rapport intime qui existe entre le précaire et l'emphytéose. La circonstance de la redevance annuelle, qui était presque de droit commun en matière de précaire et qui se rencontre si rarement

II, 1403. Il faut assimiler à ce cas celui où l'Église achète le bien d'une personne, à laquelle elle le concède immédiatement après. — *Formules* de Bignon, XX, XXI.

(1) *Appendix formularum Marculfi*, form. XXVII, XXVIII. — *Form. Lindenbrog.* XXV.

dans les constitutions d'usufruit, n'établit entre le précaire et l'emphytéose qu'une ressemblance purement extérieure.

Le caractère essentiel de l'emphytéose consiste dans un fractionnement du droit de propriété, institué, sinon à perpétuité, au moins pour un très-long temps. A cet égard, il importe de rappeler que l'emphytéose des biens ecclésiastiques ne pouvait pas être constituée à perpétuité.

Nous avons dit tout à l'heure que la concession, à titre de précaire, était essentiellement temporaire. Ce n'est que par une exception, dont la spécialité est remarquable (1), qu'une durée indéfinie est attribuée à des concessions de ce titre : encore s'en faut-il de beaucoup que la perpétuité de ces précaires exceptionnels soit formellement reconnue. Mais cela ne suffit point pour établir une différence entre le précaire et l'emphytéose ecclésiastique, qui n'était pas davantage perpétuelle.

La différence serait réelle, cependant, s'il fallait prendre à la lettre, ou du moins considérer comme règle générale, ce que les formules et les chartes

(2) *Capitulare apud Leptinas*. Ann. 743. — Baluze, I, 149. C. II. Statuimus ut sub precario et censu aliquam partem ecclesialis pecuniæ...... aliquanto tempore retineamus........ Et iterum si necessitas cogat aut princeps jubeat, precarium renovetur.

répètent à l'envi, que les concessions, à titre de précaire, se font « usufructuario ordine». Mais il est évident que cette expression se réfère beaucoup plutôt au caractère de la possession qu'à sa durée. Il n'est pas rare de voir celui qui donne son bien à l'Église associer au bénéfice du précaire, soit son conjoint, soit son fils (1). Il n'était même pas sans exemple que la charte du précaire réservât les droits de toute la postérité du premier concessionnaire (2) : mais c'est ici le cas d'appliquer la remarque, déjà faite, que le terme de précaire était générique. Dans ce dernier cas, il me semble qu'il s'agissait beaucoup moins de précaire proprement dit, que d'un autre rapport de droit, dont nous aurons aussi à parler, et qui résultait de la recommandation.

Quant à ces précaires dont le terme était expressément fixé à la mort du concessionnaire, il arrivait sans doute quelquefois que l'Église en disposait, à cette époque, au profit d'autres personnes que les héritiers de ce concessionnaire (3). Mais il n'est pas moins certain qu'elle se montrait

(1) Marculfi, lib. II, form. V, XXXII. — Lindenbrog, form. XIX.
(2) Goldart, form. LXXVII, rapportée par M. Laboulaye, dans l'*Appendix*, p. 485.
(3) Comp. *Capitul.*, VIII. Anno 803. — Baluze, I, 411, et *Formul. Lindenbrog*, XIX.

généralement disposée à leur continuer, par faveur, sinon par reconnaissance, la jouissance du bien dont la piété de leur père les avait déshérités. Seulement, il était ordinaire que ce renouvellement de la concession se fît à des conditions plus avantageuses pour l'Église : cela même était inévitable, lorsque la première concession n'avait été faite à la charge d'aucune redevance (1). On pourrait induire d'un capitulaire de Louis le Débonnaire que, si la transmission héréditaire du précaire n'avait pas lieu de plein droit, il y avait des cas où la qualité d'héritier du concessionnaire devenait un titre légal pour exiger le renouvellement de la concession (2).

5. — Il ne reste plus qu'à énoncer brièvement les principales règles dont se compose le régime du précaire.

Quoique les formules et les chartes se servent

(1) Le capitulaire, cité à la note précédente, statuant à l'égard de ces précaires obtenus de l'Église, moyennant l'abandon d'une nue propriété, dispose : ..... *Postquam precariæ finitæ fuerint, faciant potestative speculatores Ecclesiæ utrum elegerint, aut ut ipsas recipiant, aut posteris eorum sub precario et censu habere permittant.*

(2) *Capitul.*, IV. Ann. 819. C. 4. — Baluze, I, 611. Ce texte prouve, en outre, que le fait de la transmission héréditaire de la jouissance du précaire, par la permission de l'Église, était très-fréquent.

avec une sorte d'affectation de ces mots : « Usufructuario ordine absque ullâ diminutione possidere, » pour exprimer le caractère de la possession du concessionnaire; on aurait tort de conclure que sa jouissance était soumise à des règles aussi restrictives que celles du droit romain sur l'usufruit. On voit, au contraire, qu'une grande latitude était laissée à l'ancien propriétaire dans sa jouissance, puisque presque toutes les formules contiennent la clause, qu'après son décès la terre retournera à l'Église « cum omni re melioratâ ».

Seulement, de peur que cette latitude, laissée à la jouissance du concessionnaire, ne facilitât les usurpations en faisant illusion sur la nature de la possession, il était de droit commun que la charte de précaire devait se renouveler tous les cinq ans (1). Mais les clauses de dérogation étaient fréquentes : les formules qui nous sont parvenues prouvent qu'elles étaient devenues de style dans les cas où la concession se faisait à l'ancien propriétaire.

A cette époque de désordre et de violence, il

(1) Capitulaire de Charles le Chauve. Ann. 846, *in villâ Sparnaco*, C. XXII *in fine*. — Baluze, II, 32 : ..... « Precariæ « secundùm antiquam consuetudinem et auctoritatem de quin-« quennio in quinquennium renoventur. »

était naturel qu'on se montrât plus sévère pour réprimer les tentatives d'usurpation que pour punir la négligence dans l'accomplissement des obligations. Plusieurs chartes prononcent la déchéance comme peine de tout acte des concessionnaires, contraire aux droits de l'Église et, en même temps, celle du bénéfice de la commise, pour le cas d'inexactitude dans le payement du cens (1); une amende au profit de l'Église en tenait lieu. Mais ces clauses mêmes prouvent que le droit commun était défavorable au concessionnaire et maintenait la rigueur du droit romain.

Presque toutes les formules contiennent la prohibition expresse d'aliéner sans le consentement de l'Église.

Une particularité, qui paraîtra plus remarquable lorsque nous aurons examiné quelques-unes des institutions de cette époque qui sont d'une origine germanique; c'est qu'il ne se rencontre pas dans une seule des chartes ou des formules, relatives au précaire, le moindre indice que le concessionnaire fût astreint à des services personnels.

6. — D'après ces renseignements, on ne s'étonnera

(1) *Voy.* entre autres, la charte rapportée par Baluze, II, 824.

pas sans doute de la place considérable que nous avons cru devoir consacrer au précaire dans l'histoire de l'emphytéose au moyen âge (1). Il est clair que cette institution est d'origine romaine, ou, du moins, son régime est tout à fait romain. On sait, au surplus, que la loi romaine était le droit commun du clergé dans tous les pays conquis.

§ V.

De « l'Hospitalitas ».

Nous sommes arrivé aux institutions d'origine germanique.

Il en est une dont l'existence fut à la vérité bien passagère, mais qui ne peut être omise dans l'histoire de l'emphytéose, puisqu'elle eut pour résultat de soumettre en entier des territoires considérables au régime emphytéotique.

« Quand les Barbares prirent des terres, ce fut « pour en vivre, non pour les cultiver (2). » Aussi ne faut-il pas croire qu'ils aient invariablement débuté par un partage des terres avec la population romaine. Tout le monde sait que, pendant

(1) L'analogie des deux institutions n'a jamais été méconnue par aucun jurisconsulte. Dominicy, *de Prærogativâ allodiorum*, p. 99, les a presque identifiées.

(2) Guizot, *Essais*, p. 178, 4e Essai, chap. I, § 3.

assez longtemps, les Lombards aimèrent mieux frapper les propriétaires romains d'une redevance égale au tiers du revenu de leurs terres (1), que de s'approprier une quotité plus ou moins considérable de ces terres pour les faire valoir eux-mêmes. M. Eichorn (2) a fait remarquer, dans l'histoire de l'établissement de quelques autres peuplades germaniques sur le sol romain, que le partage définitif des terres fut précédé de ce régime, dont nous nous occupons en ce moment, et auquel les documents contemporains appliquent la dénomination caractéristique « d'hospitalitas » (3).

Elle consistait dans l'attribution, faite à chaque barbare (4), d'un certain cantonnement, dans l'intérieur duquel chaque propriétaire lui devait le tiers de son revenu. Il ne paraît pas que cette situation ait jamais été réglée par les lois avec pré-

(1) Paul. Diac. II, 32. *His diebus multi nobilium romanorum ob cupiditatem interfecti sunt, reliqui verò per hospites divisi, ut tertiam partem suarum frugum Longobardis exsolverent, tributarii efficiuntur.*

(2) *Histoire politique et juridique de l'Allemagne*, § 23, t. I, p. 163.

(3) *Lex Burgund.*, tit. LIV, cap. I, et tit. LV, cap. I.

(4) Il n'est guère probable que, dans cette attribution, chaque barbare ait eu son lot distinct. Il est plus probable que l'attribution se fit par bande. Comp. Guizot, 4e Essai, chap. I, § 1, p. 109, et § 2, p. 122.

cision. On peut croire que le Romain conserva, presque dans leur intégrité, tous ses droits de propriétaire; mais il est incontestable que ce droit subissait une restriction au profit de « l'hospes », auquel il fallait faire compte d'une partie considérable du revenu (1).

Il résultait de cette situation une sorte de partage de la propriété entre le Romain et le barbare : cela est si vrai, que la transaction, qui fit cesser cet état de choses, consista dans un partage des terres (2). On ne saurait dire avec certitude si ce changement de régime ne fut pas plutôt l'œuvre de la loi que celle de la convention.

En résumé, « l'hospitalitas » fut l'application la plus étendue qui ait jamais eu lieu du régime emphytéotique.

§ VI.

Des terres concédées à charge de redevances et de services par les grands propriétaires.

1. — Le partage des terres entre le « possessor »

(1) Sur la question de savoir si le tiers du revenu, payé au Lombard par le propriétaire romain, était le tiers du revenu net ou du revenu brut, il y a dissentiment entre MM. Eichorn et Savigny. Eichorn, *op. laud.*, § 23, I, p. 167, à la note; Savigny, *op. laud.*, t. I, p. 260.

(2) Eichorn, *op. laud.*, § 23, I, p. 165, et à la note. — Laboulaye, *op. laud.*, liv. V, chap. V *in fine*.

romain et le Germain conquérant n'eut pas pour résultat un morcellement du sol, comparable à celui qui s'opérait par l'effet de l'établissement d'une colonie romaine (1). M. Guizot (2) a donné la raison du phénomène, tout à fait opposé, qui se manifesta au moment de l'établissement des populations germaniques sur le sol romain.

Sur les vastes domaines (*villæ*) qui devinrent la propriété personnelle du roi et des principaux chefs, vivait aux dépens de ce dernier une troupe, plus ou moins nombreuse, de compagnons (3). Le moment ne tarda pas à venir, où les occupations de l'agriculture remplacèrent, pour ces hommes libres, la vie aventureuse et vagabonde de leurs pères. Ils entrèrent alors, à l'égard du propriétaire du domaine sur lequel ils vivaient et dont chacun d'eux faisait valoir une partie plus ou moins considérable, dans des relations qui n'étaient point précisément nouvelles dans les mœurs germaniques, mais qui avaient été jusqu'alors

(1) L'installation d'une colonie de vétérans romains a été curieusement décrite par M. Walter, *Histoire du droit romain*, liv. I, chap. XXV, p. 266.
(2) *Loco laud.*, *Essais*, p. 109.
(3) Capitul. de Louis le Débonnaire. Ann. 829, C. VI. — Baluze, 671 : « De liberis hominibus, qui proprium non habent, sed in « terrà dominicâ resident. »

étrangères aux hommes complétement libres (1).

En effet, Tacite avait signalé dans la Germanie l'institution du colonat, telle à peu près qu'on la rencontre, plusieurs siècles après, dans les codes de Théodosien et de Justinien. La condition de ces esclaves, comme les nomme Tacite, de ces *liti*, *lazzi*, *aldiones*, comme les nomment les documents postérieurs à l'invasion, était même plus libéralement réglée que celle des colons romains; puisque, d'une part, ils n'étaient pas absolument dépourvus du droit d'aliéner, et que, d'autre part, ils pouvaient, en se rachetant, sortir de leur condition inférieure (2).

Entre les personnes de cette classe et les hommes parfaitement libres, auxquels le grand propriétaire concédait l'exploitation d'une parcelle de son domaine, il n'y avait d'autre différence, quant au rapport de droit réel, que celles qui résultaient de la condition personnelle du concessionnaire : par exemple, l'homme libre pouvait renoncer, s'il lui plaisait, au bénéfice de la concession (3). Peut-

(1) Comp. sur cette situation, Eichorn, *op. laud.*, § 62, 84. *b.* 196, t. I, p. 387 et suiv., 468 et 810.

(2) *Tacit. German.*, XXV. — Eichorn, § 49, t. I, p. 318 et suiv. — *Lex Burgund.*, tit. LVII. — *Carol. Calv. edict. Pist.*, cap. XXX. — Baluze, II, p. 188.

(3) Comp. *L. Wisigoth. V.* tit. III.

être y aurait-il quelque exagération à prétendre qu'un semblable rapport entre un propriétaire et un homme libre restait sans influence sur la condition personnelle de ce dernier (1) ; mais, puisqu'il ne portait aucune atteinte à ses droits essentiels, on est suffisamment autorisé à le mettre en comparaison avec l'emphytéose du droit romain.

Cependant il est une circonstance, qui pourrait donner à penser que cette analogie n'est pas très-réelle et qu'il s'agissait plutôt d'une institution, semblable à celle du précaire des anciens temps de Rome. Les concessions, de la nature de celles dont il s'agit en ce moment, n'avaient point la garantie de la juridiction de l'assemblée du canton ; elles étaient soumises à la juridiction du propriétaire lui-même (2). Mais il ne faudrait pas croire que cette dernière ne donnait absolument aucune garantie ; et d'ailleurs cette circonstance, si grave dans la réalité, est d'une importance beaucoup moindre dans la théorie.

(1) Capitul. VI, ann. 829, C. — Baluze, I, 671.

(2) Eichorn, § 62. *a.* 84. *b.* 195 *in fine.*—*Fredegar. Chron.*, 58. « Tantà in universis leudibus suis tàm sublimibus quàm pauperibus judicabat justitià. » — *Capitular. Pippini regis*, ann. 793. C. 10 *in fin.* — Baluze, I, 544. — Capitul. V, ann. 819. C. 23. — Baluze, I, 617. — Comp. Laboulaye, liv. VII, chap. IV *in fine.*

2. — Ces concessions avaient ordinairemen lieu à titre héréditaire (1). Toutefois, il est douteux que la succession fût réglée, dans la plupart des cas, par le droit commun. Le propriétaire pouvait avoir intérêt à prévenir un morcellement indéfini de la terre qu'il avait concédée, et, comme il dépendait de lui que le titre fût ou non héréditaire, il était absolument libre de régler le mode de la succession (2).

Il paraît que la règle s'établit, dès le principe, que chaque mutation de possesseur devait donner ouverture à une perception au profit du propriétaire. C'est un trait de ressemblance avec l'emphytéose ; mais il est douteux que ce soit un emprunt fait au droit romain (3).

Il n'est pas probable qu'il y ait jamais eu des règles bien précises sur l'étendue des droits résultant de la concession, ni sur les charges auxquelles elle était soumise. A cet égard, chaque propriétaire devait avoir sa jurisprudence propre, à laquelle il paraît qu'on se contentait de se référer, même lorsqu'il y avait titre écrit : c'est du moins

(1) Eichorn, *op. laud.*, §§ 62 et 368.

(2) Comp. Laboulaye, *op. laud.*, liv. x, chap. VIII, p. 458, et le diplôme qu'il rapporte à la note 2.

(3) Comp. Eichorn, §§ 62. *a.* 368, 445, note *b.*

ce qui résulterait d'une formule de Marculfe (1). Cependant il y avait nécessairement une sorte de droit ou d'usage commun. En ce qui touche l'étendue des droits du concessionnaire, on peut croire que sa jouissance se rapprochait beaucoup de l'exercice du droit de propriété; quant aux charges, elles consistaient presque toujours en redevances et en services (2). Mais si la condition d'hommes parfaitement libres n'exemptait pas de la charge des services personnels, même de ceux qui étaient désignés par l'expression de *servile servitium* (3) par opposition au service militaire, elle avait du moins ce résultat que les services étaient d'un ordre un peu plus relevé et requis avec un peu plus de modération (4).

Le concessionnaire avait incontestablement le droit d'aliéner, qui n'était pas absolument refusé

(1) *Marculf. Form.*, lib. II, form. XLI. « .... Quicquid reliqui accolani vestri faciunt, nos reddere spondimus. »

(2) Eichorn, § 62. *a.*

(3) « Erkenbertus, qui ante servile servitium faciebat, et modò scaram facit.....» *Document* cité par Eichorn, § 196, note *b.*

(4) *Formul. Sirmond.*, XLIV. « .... Ingenuili ordine tibi servitium vel obsequium impendere debeam. »

Dans un diplôme, rapporté par M. Laboulaye, p. 328, note 1, on remarque ces mots :

« . . . . Congruum obsequium sicut homines ingenui..... eidem monasterio exhibeant, ne eorum ingenuitas vilescat. »

Comp. encore Laboulaye, liv. X, chap. X *in fine*.

aux hommes imparfaitement libres ; mais on peut regarder comme certain que ce droit était soumis, dans les deux cas, à des restrictions à peu près de même nature.

Nous avons déjà dit que l'homme, parfaitement libre, avait toujours le droit de renoncer à la concession et de s'exonérer ainsi du fardeau des redevances et des services : c'est la faculté dite plus tard de déguerpissement.

3. — Malgré quelques légères différences, que nous nous sommes attaché à faire ressortir, on comprendra sans peine que ce rapport de droit ne dut pas se maintenir longtemps distinct de celui qui s'établissait entre le propriétaire et cette classe d'hommes, imparfaitement libres, que les monuments désignent par des dénominations si variées. Il est vrai que les hommes libres exploitant le domaine d'autrui, même ceux qui ne possédaient rien en propre, étaient personnellement tenus envers le roi du service militaire. Cette obligation n'existait pas pour les hommes imparfaitement libres. Mais le propriétaire les amenait dans les camps à sa suite, et, comme il était également le chef des hommes libres résidant sur son domaine, M. Eichorn (1) remarque avec raison que, même,

(1) Eichorn, *op. laud.*, § 196.

dans l'accomplissement de l'obligation qui était le signe distinctif de leur condition, les hommes libres se trouvaient confondus avec ceux qui l'étaient moins complètement. Aussi, les deux classes de concessionnaires ne tardèrent-elles pas à se confondre. Les lois y aidaient (1) ; et ce résultat d'ailleurs dut s'accomplir avec d'autant plus de facilité, qu'il y avait souvent plus d'avantage à devenir le serf de l'église ou du roi ou de quelque puissant personnage, que de demeurer dans la classe des hommes libres, même avec quelque patrimoine (2).

§ VII.

Des terres recommandées et soumises à des redevances.

1. — Après l'invasion germanique, rien ne devint plus ordinaire que de voir un homme libre renoncer à l'indépendance de sa propriété et la placer à perpétuité sous le patronage du roi, de l'Église ou de quelque puissant personnage, soit dans la vue d'obtenir les avantages attachés au patronage du roi, soit pour participer aux immu-

(1) L'acceptation d'une terre, ou même la résidence pendant un certain temps dans une « *villa indominicata* », dont le propriétaire n'admettait que des « *mansi serviles* », emportait déchéance de « l'*ingenuitas*....... » Eichorn, §§ 48, note *e*; 84. *b*, note *cc*.

(2) Comp. Laboulaye, liv. VI, chap. XI et XII.

nités de l'Église, soit enfin pour obtenir du patron, quel qu'il fût, la sécurité et la protection que les pouvoirs publics, en voie de dissolution, ne procuraient plus (1).

Les «patrocinia», que les codes de Théodosien et de Justinien nous présentent comme une sorte d'attentat contre l'autorité souveraine, paraissent avoir eu quelque analogie avec cette institution du moyen âge (2). Mais, ni les menaces des constitutions impériales, ni les déclamations de Salvien (3) ne sauraient tenir lieu de renseignements précis, sans lesquels il est impossible d'apprécier la ressemblance des deux phénomènes. Une circonstance remarquable ne permet pas d'ailleurs de supposer que cette analogie, au moins sous le point de vue spécial de l'histoire de l'emphytéose, ait été portée bien loin. Nous voyons que les malheureux, réduits à recourir à la ruineuse protection des puissants, étaient le plus souvent des colons (4) : preuve évidente que le « patrocinium » n'avait pas essentiellement pour résultat, plus ou moins sensible, un partage de la propriété entre le

(1) Eichorn, § 195.
(2) Cod. Theod., XI, 24. — Cod. Just. XI, 54.
(3) *Voy.* dans l'*Appendice* de Laboulaye, n° 1, le passage de Salvius (*de gubernatione Dei*), dont il s'agit.
(4) C. 1. C. Th. XI, 24. C. 2. C. J., XI, 54.

patron et le client. Ce qui paraît le plus sûr, c'est de s'en tenir, quant au « patrocinium » du Bas-Empire, à l'idée générale d'une combinaison frauduleuse, diverse suivant les situations, au moyen de laquelle les personnages puissants détournaient à leur profit une partie des revenus publics, sous prétexte de protéger les colons ou les petits propriétaires contre les exactions du fisc.

Si l'on veut se faire une idée exacte de l'institution du moyen âge, dont nous avons maintenant à nous occuper, il ne faut pas la considérer seulement comme une suite de la dissolution des pouvoirs publics et, en même temps, comme une réaction contre l'anarchie, un commencement de réorganisation. Il faut en rechercher plus loin le principe dans les mœurs germaniques (1).

Personne n'ignore cette institution, que Tacite a si admirablement décrite, sous le nom de « comitatus », et que les monuments postérieurs à la conquête, nous représentent sous le nom de recommandation. Purement personnelles et sans autre sanction que la rigueur de l'opinion publique envers les compagnons qui auraient abandonné leur chef sans cause sérieuse, ces relations conservè-

(1) Comp. Guizot, 4e Essai, chap. I, § 2, p. 167. — Laboulaye, liv. VI, chap. IX.

rent longtemps après la conquête le même caractère. Ce fut d'abord un point de droit constant, que le recommandé était libre de renoncer au patronage, en abandonnant tout ce qu'il avait reçu du patron. Mais le cours naturel des choses tendait à rendre de plus en plus stable cette relation, originairement spontanée et accidentelle. Les dons de terres, faits à des titres différents suivant le degré d'importance du recommandé, jouèrent un grand rôle dans la transformation de l'institution.

Dans les temps postérieurs à l'invasion, lorsqu'un homme libre faisait la démarche de la recommandation, il était presque toujours propriétaire et, d'ordinaire, il recommandait en même temps sa personne et sa terre (1). Il se passait alors quelque chose d'analogue à ce nous avons remarqué dans la constitution du précaire. Le recommandé se dessaisissait de sa propriété et la reprenait immédiatement, comme s'il ne la tenait plus que de celui que les textes appellent souvent du mot « senior », dont s'est formé celui de seigneur. Le titre de cette concession apparente ou, pour mieux dire, le nouveau titre de la possession du

(1) La formule, suivant laquelle cet acte s'accomplissait, est donnée par Marculf., lib. I, form. XIII, et form. XXIV. — Comp. Laboulaye, liv. VI, chap. X.

propriétaire variait suivant l'importance du recommandé. Si ce dernier ne devait au « senior » que le service militaire et généralement ceux compris dans l'expression de fidélité, il possédait à titre de bénéfice (1); mais il arrivait souvent que le recommandé était assujetti à payer une redevance (2).

Cette dernière situation est la seule que nous nous proposions, en ce moment, d'étudier.

2. — On conçoit sans peine qu'il devait y avoir la plus grande analogie entre la condition de ces « commendati » et celle des « mansoarii », ou hommes libres établis sur les domaines d'un grand propriétaire, dont il a été ci-dessus question (3). En effet, la conséquence immédiate, l'objet même de la recommandation était de faire passer le recommandé sous l'autorité et la juridiction du patron ou « senior », auquel, suivant les remarquables expressions d'une charte de recommandation (4), il rendait tous les services qu'il aurait rendus au comte. D'après cela, il est aisé de pres-

(1) C'est le cas de la formule XIII, lib. I, de Marculfe.

(2) *Voy.* le diplôme rapporté par Laboulaye, *loco sup. laud.*, p. 289.

(3) Eichorn, § 195 *in fine*.

(4) *Form. Goldast.*, LXXVII, dans l'*Appendice* de M. Laboulaye.

sentir que la nuance qui, à raison de l'origine différente de la terre concédée, distinguait la condition des «commendati» de celle des « mansoarii », devait être souvent méconnue dans la réalité.

Toutefois, cette distinction ne doit pas être considérée comme purement imaginaire.

Dans le cas de concession, faite à un « mansoarius », celui-ci n'avait sur la terre concédée que les droits compris dans l'expression romaine de « jus in re alienâ », c'est-à-dire que, comme dans le cas de l'emphytéose proprement dite, il avait seulement les droits qui rentrent naturellement et de droit commun dans la jouissance et dans l'exploitation. Dans le cas de recommandation, la situation était très-différente. Le droit du recommandé n'était autre, à vrai dire, que le droit de propriété lui-même (1), grevé seulement de charges réelles envers le « senior ».

Une conséquence importante de cette différence entre les deux situations consiste en ce que la succession des héritiers du « commendatus » à sa terre avait lieu de plein droit et d'après les règles du droit commun (2). Nous voyons, en effet, dans les chartes qui se rapportent à cette situation, que

(1) Comp. Eichorn, § 62. *a*, p. 389 *in fine*, et § 195.
(2) Eichorn, § 195.

le principe de l'hérédité est toujours impliqué dans la concession ; mais le mode de la succession n'est jamais réglé (1).

Les charges de la possession du « commendatus » paraissent n'avoir régulièrement consisté que dans le cens, c'est-à-dire la redevance en argent ou en nature. Quant aux services, il semblerait qu'il dût en être exempt. En tout cas, on peut considérer comme certain que tout « servitium servile » ne pouvait être exigé d'eux que par oppression (2).

Il n'est pas douteux que le recommandé pouvait originairement se soustraire, par l'abandon de sa propriété, aux charges de cette situation (3). Mais ce point de droit paraît avoir éprouvé bien des vicissitudes (4), indépendamment des infractions arbitraires, auxquelles les « commendati » se trouvaient exposés de la part du « senior ».

(1) Par exemple : *Form. Goldast.*, LXXVII. — Charte rapportée par Baluze, II, 586.

(2) C'est ce qu'on peut induire du diplôme rapporté par M. Laboulaye, p. 289 ; c'est d'ailleurs ce qui résulte formellement d'un autre document, rapporté par le même auteur, p. 290, note 1.

(3) A cet égard, le propriétaire, qui avait recommandé en même temps sa personne et sa terre, ne pouvait être dans une condition moins favorable que celui qui avait obtenu une concession du « *senior*. »

(4) Capitul. II, ann. 813. C. 16. — Baluze, I, 510.

Il est vraisemblable que la négligence du recommandé dans la prestation du cens ou sa prétention de se soustraire à cette obligation étaient punies de la même manière que dans le cas de précaire proprement dit : en d'autres termes, la tendance à remplacer la commise du droit romain par une amende est évidente. On pouvait bien composer pour une infraction à un engagement, lorsque la composition était admise pour le meurtre. Cependant on rencontre quelquefois des anomalies : par exemple, la négligence dans le payement du cens plus sévèrement punie que la dénégation même de l'obligation (1).

Si le patron ou « senior » venait à manquer à ses obligations envers le « commendatus », il était à coup sûr conforme à la nature du contrat que ce dernier se trouvât dégagé du lien de la recommandation et rentrât dans l'indépendance de sa propriété. On ne peut guère douter que telle n'ait été la règle.

§ VIII.

Des bénéfices.

1. — L'institution des bénéfices joue un grand rôle dans l'histoire moderne : son origine est un

(1) *Goldast. Form.*, LXXXIII. — Laboulaye, *Appendice*.

problème encore controversé (1), et tous nos publicistes semblent s'être fait un point d'honneur d'avoir chacun leur système personnel sur son développement.

Il n'est peut-être pas une seule expression qui, même au moyen âge où il y avait aussi peu de précision dans le langage que d'ordre dans la société, ait été employée dans des acceptions plus variées que celle de « beneficium » (2). Il paraît que l'on commença assez tard (3) à l'employer pour désigner une concession, distincte de la transmission de la propriété, mais exempte de toute redevance en argent ou en nature, n'obligeant le concessionnaire qu'à des devoirs d'un ordre relevé, compris dans l'expression, devenue plus tard technique, de *fidélité*. Au premier rang de ces devoirs figure le service militaire.

Cependant, à en croire quelques auteurs pleins d'érudition (4), on retrouverait la même institution, déjà connue sous le nom de bénéfice, dans les derniers temps de l'empire romain. Il nous semble que ces auteurs se sont attachés un peu trop

(1) Lehüerou. *Institutions Mérovingiennes,* liv. II, chap. III.
(2) Comp. Laboulaye, liv. VII, chap. VIII.
(3) Eichorn, § 26.
(4) Lehüerou, *loc. laud.*

exclusivement à la circonstance de la possession d'une terre à charge de service militaire. A ce point de vue, ils auraient eu raison de remonter jusqu'à l'organisation militaire de l'ancienne Égypte (1).

Ce fut, à toutes les époques, la politique romaine d'installer une population militaire sur les points menacés. Aussi longtemps que le service militaire demeura une obligation universelle, les colonies suffirent pour cet objet. Lorsque le système des armées permanentes eut été créé, chaque corps d'armée eut son territoire, comme autrefois les colonies. Seulement, le territoire appartenant à la légion et non aux individus, le fils ne succédait au lot paternel que s'il devenait membre de la légion (2). On ne tarda pas à recourir aux Barbares pour garder les frontières, d'abord en les enrôlant individuellement dans les légions, ensuite en installant des nations entières sur des portions du territoire de l'empire. Dans ce dernier cas, la combinaison consistait en un traité d'alliance.

(1) Comp. Heeren. *Idées sur la politique des peuples de l'antiquité*, t. VI, p. 137 et suiv. (Traduction de M. Suckau.)

(2) *Lamprid. in Sever.* « Sola, quæ de hostibus capta sunt, « limitaneis ducibus et militibus donavit, ita ut eorum ità es- « sent, si hæredes illorum militarent, nec unquam ad privatos « pertinerent. »

Dans les autres cas, ce n'était qu'une institution militaire, une mesure de pure administration.

Les bénéfices du moyen âge se présentent avec un caractère très-différent. Ils n'étaient pas donnés seulement par le roi, quoiqu'il en concédât plus qu'aucun autre propriétaire, parce qu'il était le plus riche. Chaque homme puissant, qui disposait d'une grande étendue de terres, en consacrait une partie à des libéralités par lesquelles il retenait sous son autorité immédiate ses anciens compagnons, ou bien en attirait de nouveaux (1). Les terres étaient alors données pour les mêmes causes que le cheval et la framée dont parle Tacite. Ainsi l'origine des bénéfices doit être recherchée dans la recommandation. La concession bénéficiaire et la concession à charge de cens correspondent à des degrés divers du « comitatus » (2).

S'il est incontestable que l'on ne débuta pas par la distinction précise et savante entre la concession du bénéfice et la transmission de la propriété (3), il n'est pas moins certain qu'on ne confondit ja-

(1) *Voy.* la form. XXXVI, lib. II, Marculf., intitulée : *Si aliquis servo vel gasindo suo aliquid concedere voluerit. — Ibid.*, lib. I, form. XVII.

(2) *Gradus quin etiam et ipse comitatus habet.* Tacit. *Germania*, XIII.

(3) Comp. Eichorn, § 26.

mais la propriété bénéficiaire avec la propriété allodiale (1). La propriété bénéficiaire était subordonnée à l'existence du lien personnel de la recommandation. Lorsqu'il se rompait, soit par la retraite du recommandé, soit par son manque de foi, il était de règle que ce dernier devait abandonner le bénéfice qu'il avait reçu ou que le donateur pouvait le reprendre.

Il est vrai que, comme le donateur était le juge naturel du bénéficiaire, le reproche d'avoir manqué de foi a dû couvrir bien souvent des révocations arbitraires. Mais, quelque fréquentes qu'elles aient pu être, il ne serait pas vrai de dire qu'à aucune phase de leur histoire les bénéfices ont été des concessions purement précaires. Les mœurs et les traditions germaniques n'admettaient pas plus la rétractation capricieuse de la libéralité par le donateur que la conservation du bénéfice par celui qui rompait volontairement le lien de la recommandation (2).

Il ne serait guère plus exact de dire que la

(1) *Gregor. Turon.*, IX, 38. « Sunnegisil et Gallomagnus...., « ob conspirationem..... privati sunt rebus quas a fisco meruerant...... nihil aliud est relictum quàm quod proprium habere « videbantur. »

(2) Comp. Eichorn, § 26. — M. Guizot, *Essais*, p. 130.

concession du bénéfice était souvent temporaire (1). Mais il est évident que, la mort du bénéficiaire rompant de plein droit et par la force des choses la relation personnelle, née de la recommandation, le bénéfice retournait au « senior » ; à moins que l'héritier du bénéficiaire n'obtînt le renouvellement de la concession, en se recommandant lui-même (2). Au surplus, un titre de concession, formellement héréditaire, n'aurait pas dispensé l'héritier de cette démarche, puisque la possession du bénéfice n'était que le résultat de la recommandation : c'est ce qui est attesté par les documents les plus explicites (3).

(1) C'est par une confusion évidente entre le titre de précaire et celui de bénéfice, que M. Guizot a été amené à croire qu'il y a eu des bénéfices temporaires. *Essais*, p. 133. — Il nous semble que la corrélation indiquée entre la durée de la possession du bénéfice et celle de la recommandation suffit pour rendre raison de tous les accidents que présente, à chaque moment, l'histoire des bénéfices, avant l'établissement définitif du principe de l'hérédité.

(2) *Voy.* le passage d'Éginhard, rapporté par M. Laboulaye, p. 341, note 2 : .... Precatur ut imperatorem rogare dignemini, ut permittat se habere beneficium, quod avus ejus illi concessit et pater habere permisit, quousquè viribus receptis ad ejus præsentiam venerit *et se commendaverit*.

(3) *Voy.* les trois chartes rapportées par Baluze, II, 1400, 1405 et 1445.

C'est parce que la possession du bénéfice supposait nécessairement la recommandation, et non parce que l'hérédité des bénéfices n'était pas encore un droit universel et reconnu, que la re

M. Guizot (1) a prouvé qu'à toutes les époques de l'histoire des bénéfices il y a eu des concessions héréditaires, et cette remarque détruit le système de nos anciens publicistes, qui voulaient que l'hérédité des bénéfices fût une usurpation des bénéficiaires. Cependant il ne me semble pas qu'il ait suffisamment expliqué l'existence simultanée des bénéfices héréditaires et de ceux qui faisaient retour à la mort du possesseur, par la simple allégation de deux tendances contraires : celle des donateurs qui voulaient se réserver la nue-propriété, et celle des bénéficiaires qui cherchaient à rendre leur jouissance héréditaire.

Une formule, qui précède immédiatement la formule citée par M. Guizot pour prouver que les concessions héréditaires avaient été usitées dès le commencement, aurait pu lui fournir l'explication la plus satisfaisante de ce phénomène. Le Franc, riche et puissant (2), qui venait se recommander au roi pour jouir des avantages attachés au titre d'antrustion, n'entendait certainement pas se

commandation dut être renouvelée à chaque mutation de personne.

En effet, la concession dont il s'agit dans ces chartes avait été faite, dès la première fois, à titre héréditaire.

(1) *Essais*, pp. 141-144.

(2) Marculf., lib. I, form. XIII.

dessaisir de la propriété de ses terres. Il était cependant conforme aux idées du temps que les effets de la recommandation de la personne s'étendissent à la propriété. Mais il était naturel aussi que l'ancien propriétaire réservât à sa famille le droit de lui succéder, à la condition, bien entendue quoique implicite, de se recommander personnellement. Telle, était à coup sûr, l'origine de la plupart des bénéfices héréditaires. Cependant il faut reconnaître qu'il y avait des exemples, sans doute assez fréquents (1), de la concession, à titre héréditaire, d'un bénéfice détaché du patrimoine du « senior ». Mais la règle était alors que la possession finit avec les autres effets de la recommandation ; et, encore une fois, celle-ci cessait forcément à la mort du bénéficiaire, ou même du donateur. C'est pourquoi les monuments nous montrent les concessions, même héréditaires, renouvelées par l'héritier du donateur, auquel on venait se recommander.

Au reste, si M. Guizot ne nous semble pas avoir donné l'explication du fait par lui signalé, que les bénéfices héréditaires se rencontraient à toutes les époques, il a, du moins, admirablement fait comprendre de quelle manière l'hérédité, qui était

(1) Marculf., lib. I, form. XVII; lib. II, form. XXXVI.

originairement l'exception, est devenue le droit commun. Il était de la plus grande importance pour les puissants, principalement pour les rois (1), de s'attacher fortement leurs fidèles. Le meilleur moyen consistait évidemment à leur présenter la perspective d'une jouissance perpétuelle du bénéfice, pour eux et leurs descendants.

Cependant c'est assez tard (2) que l'hérédité des bénéfices apparaît comme définitivement consacrée et devenue le droit commun. Il est probable que ce résultat se serait produit beaucoup plus tôt, si l'avénement de la race carlovingienne n'avait pas été comme une seconde conquête, qui ramena sous plus d'un rapport les institutions à leur point de départ (3).

2. — Après cet aperçu historique sur les vicissitudes du principe de l'hérédité des bénéfices, on ne doit pas s'attendre à trouver beaucoup d'uniformité ou de précision dans les autres règles qui constituaient le régime bénéficiaire.

D'abord, il est évident qu'avant l'époque à la-

(1) Eichorn, § 119.

(2) Il est certain que ce fut après Charlemagne, mais ce fut avant le fameux capitulaire de Kierzy (877). Par cet acte, Charles le Chauve consacra l'hérédité des offices; ce qui suppose que l'hérédité des bénéfices était déjà un principe de droit commun.

(3) Comp. 3e Essai de M. Guizot.

quelle l'hérédité de la tenure bénéficiaire était devenue le droit commun, les droits du bénéficiaire sur la terre concédée étaient très-différents, suivant que le titre de la concession était, ou non, expressément héréditaire, en d'autres termes, suivant que l'origine du bénéfice était la recommandation du propriétaire ou la concession du « senior ». On ne peut pas douter que les Capitulaires de Charlemagne, qui tracent au bénéficiaire des règles assez minutieuses d'exploitation, ne s'appliquassent exclusivement à cette dernière situation (1). Dans la première hypothèse, il nous paraît certain que la recommandation laissait subsister au profit de l'ancien propriétaire à peu près l'intégralité de ses droits primitifs.

Nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de dire que l'idée même de bénéfice était exclusive de celle de redevance ou de cens (2). Cela est si vrai, que dans certains cas où le possesseur est soumis à une redevance en même temps qu'o-

(1) *Capitul.*, ann. 794. C. II — Baluze, I, 264. — *Capitul.*, II, ann. 813. C. II. — Baluze, I, 507.

(2) Il est clair que nous prenons ici le mot de bénéfice dans son acception technique. Nous n'entendons pas dire, absolument, qu'il n'a jamais été appliqué à des concessions d'une autre nature. Cependant il est rare qu'il se présente dans des cas où il y a charge de redevance.

bligé aux services bénéficiaires, les textes distinguent formellement les deux titres, qui se trouvent cumulés : la terre est alors concédée « in beneficium et in censum » (1).

La concession bénéficiaire, proprement dite, n'obligeait le possesseur qu'à des services de guerre, de conseil et de cour. Telles étaient du moins les obligations ordinaires du bénéficiaire : d'ailleurs il n'est pas probable que les devoirs, impliqués dans l'idée de *fidélité*, aient jamais été énumérés d'une manière limitative (2). Parmi tous ces devoirs, le plus remarquable était celui du service militaire. Ce n'était pas seulement l'obligation de marcher sous la conduite du « senior » lorsque l'armée était convoquée par le roi pour une guerre nationale : c'était essentiellement, ainsi que nous l'apprennent capitulaires l'obligation d'assister le « senior » dans ses guerres privées (3).

La faculté d'aliéner tout ou partie du bénéfice, n'apparaît nulle part dans les monuments légaux

(1) *Formul. Goldast.*, LXXVIII : « .... Postulantes..... ut easdem res..... *in beneficium concederentur vel in censum*. Quapropter easdem res illis in *beneficium et in censum concessimus.* »

(2) Guizot, *Essais*, p. 149.

(3) *Capitul.*, II, ann. 818. C. XX. — Baluze, I, 510.

de cette période (1) : elle n'a guère pu s'introduire qu'après l'établissement définitif du principe de l'hérédité, lorsque les obligations du bénéficiaire, originairement personnelles comme la recommandation elle-même, furent devenues de pures charges foncières. Cependant le fait de la concession au second degré se présente quelquefois, mais avec tous les caractères d'un fait de pure tolérance de la part du premier donateur (2).

Nous avons dit que le donateur était le juge naturel des infractions du bénéficiaire aux devoirs de la fidélité. A mesure que les obligations devinrent plus précises, les cas dans lesquels la révocation pouvait être prononcée furent plus exactement déterminés. Les Capitulaires nous en indiquent trois (3) : le mépris des injonctions du « senior », la détérioration du bénéfice, enfin le refus du service militaire.

M. Laboulaye (4) dit que les services du bénéfi-

(1) Si ce n'est dans les cas où la charte de concession est expressément héréditaire.

(2) *Voy.* deux passages d'Éginhard, rapportés par M. Guizot, *Essais*, p. 153, note 2.

(3) *Capitul.*, II, ann. 812. C. V. — Baluze, I, 494. — *Capitul.*, I, ann. 819. C. XVI. — Baluze, I, 603. — *Capitul.*, IV, ann. 829. C. III. — Baluze, I, 611.

(4) Laboulaye, liv. VII, chap. X *in fine*. — En sens contraire, M. Guizot, *Essais*, p. 173, et note 2.

ciaire étaient de pures charges réelles, dont il pouvait toujours s'affranchir par l'abandon du bénéfice. On ne saurait méconnaître ce qu'il y a de fondé dans cette proposition (1). Toutefois il ne faut pas oublier que la tendance de la législation, sinon des faits, était en sens opposé. M. Laboulaye cite lui-même le capitulaire (2), qui défend au bénéficiaire de quitter son « senior », hors certains cas déterminés.

§ IX.

Conclusion.

Telles furent les institutions, qui reproduisirent le phénomène emphytéotique pendant les premiers siècles du moyen âge : elles servent de transition entre l'emphytéose proprement dite et les institutions de même nature, que nous présente la période féodale. Nous n'avons pu préciser le caractère propre de chacune d'elles, sans être quelquefois amené à distinguer ce que les contemporains avaient confondu. Plusieurs de nos distinctions reposent sur des nuances fort délicates. Cependant

(1) En effet, nous avons vu que tel était le droit dans l'origine, et ce fut en ce sens que le droit féodal se prononça définitivement.

(2) Laboulaye, liv. VI, chap. IX — *Capitul.*, II, ann. 813, chap. XVI. — Baluze, I, 510.

nous espérons qu'on les jugera conformes à la réalité des faits, sinon aux idées des contemporains, et qu'on ne trouvera pas de double emploi dans nos divisions.

Il serait déplacé de vouloir tirer quelque conclusion générale d'un ensemble de faits aussi divers que ceux dont nous venons de terminer l'étude ; contentons-nous de remarquer que cette diversité tendait à se simplifier tous les jours. Deux causes concoururent à ce résultat : 1° l'influence du droit romain, qui introduisit à la fin une sorte d'uniformité dans le régime d'institutions d'origines si différentes ; 2° l'oppression même des seigneurs féodaux qui cessèrent bientôt de tenir compte de ces nuances, par lesquelles la condition du « mansoarius » se distinguait originairement de la condition du « litus » et, d'autre part, de celle du « commendatus ». Par là, ils ramenèrent à une condition unique ces différentes classes de personnes. Il faut encore le répéter, avec MM. Guizot et Laboulaye (1), cette assimilation s'accomplit en définitive au profit des plus maltraités. Lorsqu'en vertu de la maxime « nulle terre sans seigneur » des territoires étendus durent reconnaître la suze-

(1) M. Guizot, 5e Essai, *passim*.— Laboulaye, liv. VIII, chap. V.

raineté d'un même seigneur, il devenait impossible que tous les propriétaires fussent traités en serfs : la tendance fut, au contraire, de considérer indistinctement toutes ces redevances comme le signe de la sujétion : de là cette modicité du cens proprement dit, qui a donné lieu à des explications si bizarres.

Dans cette combinaison progressive, facilitée par le droit romain, la prépondérance appartient évidemment aux éléments germaniques. C'est ce qui rend raison des altérations profondes de la théorie romaine dans les écrits des glossateurs. Une propriété, imparfaite à la vérité, a remplacé le simple «jus in re alienâ». Les redevances ne font plus la matière d'une obligation personnelle : ce sont de pures redevances foncières, auxquelles on peut se soustraire par l'abandon du fonds. Enfin la commise pour défaut de payement n'est plus qu'une vaine menace.

Tel est le nouvel état de choses, parfaitement caractérisé par la célèbre distinction du « dominium directum » et du « dominium utile », que les glossateurs transportèrent avec tant de bonne foi dans le droit romain.

QUATRIÈME PARTIE.

DE L'EMPHYTÉOSE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

§ Ier.

Notion de l'Emphytéose en droit français.

1. — L'histoire de l'emphytéose ne présentera pas moins de variété pendant cette nouvelle période que dans la précédente. Il ne suffirait pas de donner une idée succincte des principales institutions qui reproduisirent, sous ce nouveau régime, le caractère distinctif de l'emphytéose proprement dite. Il faut dire, en outre, quelques mots de certaines institutions dont la ressemblance avec cette dernière est si grande, qu'il n'a pas toujours paru possible de les distinguer nettement.

Nous rencontrons donc ici une question préliminaire, analogue à celle qui s'est d'abord offerte à nous quand nous avons entrepris l'étude de l'emphytéose du droit romain. La dénomination d'emphytéose s'applique-t-elle véritablement à une institution « sui generis » ? Au contraire, n'aurait-elle été employée par opposition à celles de bail à

cens ou de bail à rente foncière, que pour exprimer certaines différences secondaires, introduites par des coutumes territoriales diverses dans le régime d'une même institution ?

Sur cette question, il serait aisé de multiplier les citations à l'appui de l'une et de l'autre solution. Cependant, on a peine à concevoir une contrariété d'opinions entre auteurs graves sur un semblable point.

2. — Salvaing (1) s'exprime dans les termes suivants :

« Quelque différence qu'il y ait entre le fief, « l'emphytéose, la libellaire et le cens, l'usage « les a confondus en communiquant les propriétés « des uns aux autres ; puisque le fief, étant de sa « nature pur et sans profits, a emprunté les lods « de l'emphytéose et le plait de la libellaire ; que « l'emphytéose a pris abusivement le nom de fief ; « que la libellaire est appelée emphytéose par « l'empereur Léon dans sa novelle 13 ; comme au « contraire, l'emphytéose est appelée libellaire « par les Lombards ; que le fief est appelé précaire « par Marculfe et par quelques autres ; et que nous « donnons le nom de cens, de cense ou de censive

(1) Dans un passage rapporté par M. Merlin, Quest., v^is *Rente foncière, Rente seigneuriale*, § 11, n° 2.

« non-seulement à cette sorte de prestation qui « est du droit coutumier de France, pour la mar- « que de la seigneurie directe, mais aussi à la rede- « vance emphytéotique, que Justinien dans la L. 2, « C. *de jure emphyteutico* appelle *pensionem*, les « autres *canonem*. »

A vrai dire, ce passage de Salvaing n'a rien de décisif. Il prouve seulement que la confusion s'établit au moyen âge entre des dénominations d'origine différente par l'influence réciproque du droit romain sur les mœurs germaniques et de celles-ci sur le droit romain. Il est donc incontestable qu'il ne faut pas s'attendre à retrouver dans l'ancien droit français la pure théorie romaine de l'emphytéose. Il faut même se résigner à ne lire nos anciens auteurs qu'avec une grande précaution, pour ne pas se laisser surprendre par une expression impropre. Mais on ne saurait conclure de là que la dénomination d'emphytéose ne correspondait pas, en définitive, à une restitution « sui generis ». On pourrait plutôt induire le contraire du passage de Salvaing.

Il est vrai que cette induction semble repoussée par un témoignage formel. Fonmaur (1), dans son

(1) Le passage de cet auteur est rapporté par M. Merlin, *loc. sup. laud*

Traité des lods et ventes, affirme que dans les pays de droit écrit, « il n'y a point de véritables emphy- « téoses, mais seulement des baux à cens comme « dans la France coutumière. » Cependant ces provinces sont celles où l'on pouvait s'attendre à rencontrer, plutôt qu'ailleurs, une institution d'origine romaine.

Un autre auteur des pays de droit écrit, Despeisse (1) professe la même opinion. Il reconnaît, à la vérité, des différences de doctrine assez graves entre l'emphytéose et le bail à cens. Mais il attribue uniquement ce résultat à la diversité des lois territoriales : au fond, il ne reconnaît qu'une seule et même institution.

On pourrait encore citer d'autres passages d'auteurs estimés pour soutenir que notre ancien droit français n'a jamais établi une distinction bien précise entre l'emphytéose et le bail à cens, ou même le bail à rente foncière (2).

(1) *Traité des droits seigneuriaux*, t. IV, art. 1, n. 2.

(2) M. Merlin, *loc. laud.*, rapporte encore un passage de Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, d'où il résulte que les auteurs des pays de droit écrit « se servent indifféremment du « bail à cens et du bail emphytéotique comme de deux expres- « sions synonymes. »

M. Troplong, *Louage*, I, n° 31 *in fine*, cite Hervé et Argou parmi les auteurs qui confondaient l'emphytéose avec le bail à rente foncière.

Voici le passage d'Hervé, *Mat. feod.*, t. II, p. 329 : « L'em-

Mais il semble qu'il ne peut plus rester de doute lorsqu'on voit Dumoulin affirmer que l'emphytéose du droit romain était tombée en désuétude (1). Si l'institution avait cessé d'exister, il est évident que le mot ne pouvait plus être employé que dans une acception détournée.

3. — Il ne faut pas se laisser surprendre par ces citations, quoiqu'elles puissent paraître péremptoires au premier aspect.

« phytéose à perpétuité est un vrai bail à cens ou un vrai bail à « rente, suivant que le bailleur est, ou seigneur de fief, ou « simple propriétaire de censives. »

Ce n'est pas ici le lieu de faire ressortir l'erreur contenue dans ce passage.

Quant à Argou, il est bien vrai qu'il dit, dans son *Institution au droit français :* « Nous avons *peu* parmi nous *de véritables emphytéoses,* à moins qu'on ne veuille comprendre, « sous ce nom, *les rentes foncières non rachetables, dans « lesquelles il y a clause que le preneur sera tenu de faire des « améliorations ou amendements.* » Liv. III, chap. XXVIII.

On aurait aussi bien pu lui reprocher, sur la foi d'un autre passage, d'avoir confondu l'emphytéose et la censive : « Il faut « observer que, dans la plupart des pays de droit écrit, on confond la véritable emphytéose avec les censives. »

Pour justifier Argou de tout soupçon de confusion, il suffira de remarquer qu'il a consacré un chapitre spécial à la censive, liv. II, chap. IV, au *Bail à rente foncière*, liv. III, chap. XXV, et enfin au *Bail emphytéotique,* liv. III, chap. XXVIII.

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris,* § LXXXII, gl., n° 10 : . . . « De « quo ex solo verbo emphyteuseos non continuò liquet, propter « naturam ejus ferè exoletam. »

M. Troplong cite le même passage avec une variante, qui en rend le sens beaucoup plus affirmatif. Comp. Tropl., *Louage,* I, p. 166.

Lorsqu'on recherche attentivement la véritable pensée de Dumoulin, on voit qu'elle se réduit à affirmer que la pure théorie romaine de l'emphytéose n'était pas reçue en France. D'ailleurs, il est si loin de considérer le mot d'emphytéose comme synonyme de bail à cens ou de bail à rente foncière, qu'il consacre de longs développements à signaler les différences qui existent entre ces institutions. Les termes dont il se sert prouvent que ces rapprochements n'étaient pas un travail de pure érudition, et qu'ils avaient à ses yeux une véritable importance pratique (1).

Il est vrai qu'il ne paraît pas connaître d'autre différence spécifique entre le bail à cens ou le bail à rente et l'emphytéose, que la commise faute de payement (2). Nous nous trouvons ainsi ramené à l'objection de Despeisses : qu'il s'agit d'une même institution, considérée seulement sous le régime de lois territoriales différentes. Il est vraisemblable que Dumoulin eût accepté cette expression de Despeisses, comme le dernier mot de sa doctrine (3).

(1) Dumoulin, *op. laud.*, § 73, nos 21, 22, 23, 33, 36. — *Ibid.*, no 34. « Itaque *hodie* in dubio emphyteusis perpetua « est. »

(2) *Eod. op.*, § 73, no 33.

(3) *Eod. op.*, § 73, no 21. Il fait ressortir avec une énergi-

Un autre auteur, Boutaric, qui semblait tout à l'heure identifier l'emphytéose et le bail à cens, fait bien mieux que Dumoulin ressortir la différence des deux institutions. Il s'exprime ainsi (1) :

« Elle consiste principalement en ce qu'on ne « peut bailler à cens qu'un fonds que l'on possède « noble ; au lieu que pour bailler un fonds à titre « d'emphytéose, il suffit de le posséder en franc « alleu et indépendamment de toute seigneurie « directe, quoique d'ailleurs rural et sujet au « payement des tailles ; la roture n'ayant rien « d'incompatible avec l'allodialité et l'indépen- « dance. »

« L'essence et le fond de ces deux contrats « (ajoute l'annotateur de Boutaric) sont absolu- « ment les mêmes, puisque l'un et l'autre sont « également un contrat par lequel il n'y a que le « domaine utile qui soit aliéné, tandis que la do- « minité directe reste au bailleur avec une rente « qui lui est payée en reconnaissance de la direc-

que concision tous les traits de ressemblance entre l'emphytéose et le bail à cens. Au nº 22, il continue en ces termes : « In « paucioribus autem differunt : *primo quod contractus emphy-* « *teuticus est à jure scripto inventus, censualis vero à consue-* « *tudine.* »

(1) Dans un passage rapporté par M. Merlin, Quest., vº *Moulin*, § 1.

« tité. Le contrat est donc spécifiquement le même, « et la différence ne vient que des biens qui font le « sujet de l'un et de l'autre. Le bail à cens est le « bail d'un fonds *noble et féodal*, au lieu que le « bail emphytéotique est celui d'un fonds qui est « tenu en roture (1). »

4. — Il ne faudrait pas conclure de ces derniers mots que le bail, purement emphytéotique, ne pouvait recevoir aucune application à un fonds noble. Ce serait aller contre la pensée évidente de l'auteur, qui n'a entendu restreindre le propriétaire d'un fonds noble au bail à cens, que si ce fonds était en même temps féodal. On a toujours admis que le propriétaire d'un franc alleu noble pouvait à son gré bailler à titre censuel ou à titre purement emphytéotique. A défaut de déclaration expresse des parties ou d'indices certains sur la nature de la directe, retenue par le propriétaire

(1) M. Troplong (*Louage*, I, 172), d'après Durand de Maillane, dit que le mot de censive s'*employait plus à propos*, quand le fonds, objet de la concession, était noble, tandis que le mot emphytéose *convenait mieux* à la concession des fonds roturiers.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin, et dire que jamais un fonds roturier ne pouvait faire l'objet d'un bail à cens, ni aucune portion de fief être concédée à bail purement emphytéotique et perpétuel ; mais que certains fonds nobles pouvaient indifféremment se prêter à l'un ou à l'autre bail.

d'un franc alleu noble, on devait même présumer qu'il s'agissait de la directe purement emphytéotique (1).

Cette distinction était une conséquence de la différence profonde qui existait entre le fief et le franc alleu noble. Le propriétaire d'un franc alleu noble avait véritablement la seigneurie féodale sur toutes les parties de son fonds, mais sans être lui-même tenu à foi et hommage envers personne (2). Aussi, la renonciation au droit seigneurial ne préjudiciant qu'à lui-même, ce propriétaire pouvait-il à son gré retenir la directe seigneuriale ou la directe purement emphytéotique sur le fonds qu'il aliénait (3). Au contraire, le seigneur d'un fief devait foi et hommage au seigneur du fief dominant. Aussi n'aurait-il pu aliéner une partie de

(1) M. Merlin, Répert., v° *Fief*, sect. II, § 7, p. 708, tom. VI, 5e édit — Quest., v° *Moulin*, § 1, tom. V, p. 581, 4e édit.

La réserve d'une directe, même purement emphytéotique, ne devait jamais être présumée. *Voy.* au Répert. l'art. *Cens*, § V, n° 1.

(2) C'est ce qui résulte très-explicitement des art. 19 et 20 de la *Coutume de Vitry*. — Répert., v° *Franc alleu*, § 7.

Au cas même où il n'y avait pas de justice attachée au franc alleu noble, la directe, qui appartenait au propriétaire de cet alleu sur les fiefs et censives de sa mouvance, était incontestablement seigneuriale.

Comp. Répert., v° *Franc alleu*, § 2. — *Cout. de Paris*, art. 68.

(3) Merlin, Répert., v° *Fief; loc. sup. laud.*, p. 707.

son fief avec *démission de foi :* c'eût été faire de cette partie du fief un franc alleu (1), ou, pour mieux dire, agir en propriétaire de franc alleu. Le vassal aurait bien pu conserver le caractère féodal à la partie du fief, ainsi aliénée avec démission de foi, en stipulant que l'acquéreur porterait lui-même la foi et l'hommage au seigneur dominant. Mais le *démembrement* du fief était prohibé. Le vassal ne pouvait se démettre de sa foi, qu'en aliénant l'intégralité du fief. Seulement, et par une sorte de tempérament, les coutumes permettaient au vassal de se *jouer de son fief* jusqu'à concurrence d'une certaine quotité, c'est-à-dire d'en aliéner une partie à la charge de retenir sur elle quelque droit seigneurial : de cette manière, il n'y avait pas démission de la foi que le vassal ne manquait de se réserver, continuant de la porter entière au seigneur dominant, malgré l'aliénation d'une partie du fief (2). Le bail à cens était le mode le plus usité du jeu de fief : mais, lorsque la coutume n'était pas contraire (3), le

(1) Merlin, *ibid.* — Comp. au Répert. l'art. *Jeu de fief.*

(2) Comp. sur toute cette matière les notes de de Laurière, sur l'art. 51 de la *Cout. de Paris*, et sur la règle 90, tit. III, liv. IV des *Institutes coutumières* de Loisel. — *Voy.* aussi les articles du Répert., *Jeu de fief* et *Démembrement de fief.*

(3) La *Coutume de Normandie* ne contenait aucune prohibi-

vassal pouvait prendre également la voie de la sous-inféodation. Dans ce dernier cas, la partie aliénée du fief demeurait héritage noble entre les mains du preneur; au lieu que, dans le cas de bail à cens, elle était arroturée (1), du moins à l'égard du preneur et de tous ses ayants-cause (2).

5. — Nous pouvons maintenant formuler avec précision la différence qui existe entre l'emphytéose, le bail à cens et le bail à rente foncière.

Le bail à cens est une institution essentiellement féodale. Il n'est permis qu'au propriétaire d'un fonds noble (3) : c'est même le seul mode suivant

tion expresse du jeu de fief par la voie de sous-inféodation ; la sous-inféodation de rentes seigneuriales ne souffrait, en conséquence, aucune difficulté. Cependant la sous-inféodation des biens-fonds ne pouvait avoir lieu valablement qu'en vertu d'une autorisation expresse du roi. Mais ce point de droit se rattachait à une particularité du régime des fiefs sous la coutume de Normandie.

Comp. le *Réquisitoire* de M. Merlin, Répert., v° *Jeu de fief*, § 9.

(1) Répert., v° *Cens*, § 1, n° 2.

(2) Répert., v° *Jeu de fief*, § 7.

(3) Merlin, Quest., v^is^ *Rente foncière, Rente seigneuriale*, § 14, n° 1, et le passage qu'il extrait des dissertations féodales de M. H. de Pansey.

Les déclarations d'août 1692 et de janvier 1769, qu'il cite textuellement, prouvent que les propriétaires de francs alleux roturiers cherchaient à se créer une condition *quasi-seigneuriale* au moyen du bail emphytéotique, qu'ils qualifiaient abusivement inféodation ou bail à cens. Les déclarations précitées, qui avaient

lequel le seigneur d'un fief puisse en aliéner une partie en l'arroturant (1). D'ailleurs le bail à cens et le bail purement emphytéotique se ressemblent en un point essentiel : ils impliquent l'un et l'autre la retenue de la directe, en d'autres termes, du domaine direct par le bailleur.

Le bail purement emphytéotique est exclusif de tout caractère féodal, quoique la directe emphytéotique ne soit pas moins imprescriptible que la directe seigneuriale (2). Il peut avoir indifféremment pour objet un fonds noble ou un fonds roturier, pourvu que le bailleur ait la propriété pleine et entière de ce fonds : car une censive ne pourrait pas plus qu'un fief faire la matière d'une emphytéose (3). Toutefois ceci ne doit être entendu que de l'emphytéose perpétuelle : nous dirons plus

pour objet de faire cesser cet abus, ont ainsi consacré législativement la distinction du bail à cens et du bail purement emphytéotique.— Comp. Merlin, *ibid.*, § 14, n° 2, tom. VII, p. 83; et de Laurière, sur l'art. 68 de la *Coutume de Paris*.

(1) Merlin, Quest., v° *Moulin,* § 1, tom. V, p. 581. — Le bail à rente seigneuriale implique le bail à cens proprement dit. Répert., v° *Rente seigneuriale*, § 1, n° 1.

(2) Répert., v° *Emphytéose*, § 1, n° 9.

(3) Merlin, Répert., v° *Fief,* sect. II, § 7, tom. VI, p. 707.

A proprement parler, l'emphytéose ne peut pas davantage être baillée en arrière-emphytéose, ainsi que l'établit fort bien M. H. de Pansey, dans un passage où il semblait avoir d'abord dit le contraire. Répert., v° *Cens*, § 8, n° 1.

tard pourquoi il en était autrement de l'emphytéose temporaire (1).

Entre le bail à rente foncière et le bail emphytéotique, la distinction n'est pas moins facile à établir qu'entre le bail emphytéotique et le bail à cens. La différence essentielle consiste en ce que le bail à rente foncière transporte, sans réserve, tous les droits du bailleur au preneur : il n'y a rien d'équivalent à la directe seigneuriale ou même simplement emphytéotique (2). Aussi toutes sortes de biens peuvent-ils faire l'objet d'un bail à rente foncière, même ceux sur lesquels le bailleur ne pourrait se réserver aucune directe, parce qu'il n'en aurait que le domaine utile (3). Toutefois, il faut reconnaître que la distinction entre le bail à rente foncière et le bail purement emphytéotique cessait d'être aussi facile, lorsque la rente foncière n'était pas rachetable (4).

(1) Merlin, Quest., v° *Moulin*, § 1, tom. V, p. 586. — *Répert.*, v° *Emphytéose*, § 2, tom. V, p. 728.

(2) Argou, *Institution au droit français*, liv. III, chap. XXV.

(3) Merlin, Répert., v° *Rente seigneuriale*, § 2, n° 8 *bis*, tom. XIV, p. 771. — Comp. Répert., v° *Cens*, § 8, n° 1.

(4) Comp. le passage, déjà rapporté, d'Argou, liv. III, ch. XXVIII. Le seigneur de fief ne pouvait pas plus donner son fief à bail à rente foncière non rachetable avec démission de foi, qu'il n'aurait pu le donner à bail purement emphytéotique. — Comp. de Laurière, sur l'art. 59 de la *Coutume de Paris*.

§ II.

Du fief.

1. — Au premier aspect, tout rapprochement semble impossible entre l'emphytéose et le fief, à la nature duquel répugne l'idée d'une redevance foncière (1). On est tenté de s'en tenir à cette première impression, lorsque, approfondissant davantage la théorie du fief, on découvre qu'il est fort douteux que le seigneur dominant eût le domaine direct du fief tenu par son vassal (2).

Cependant le fief ne saurait être passé sous

(1) Comp. Brodeau, sur la rubrique du titre II de la *Coutume de Paris*, nº 28, t. I, p. 341.

Il semblerait qu'il y ait eu réellement quelques fiefs grevés de redevances foncières.

Mais l'*abonnement* du fief, sorte de traité à forfait entre le seigneur dominant et le vassal sur l'importance des profits féodaux, ne doit pas être confondu avec cette anomalie. Et cependant les fiefs abonnés étaient considérés comme d'une classe inférieure. — Loisel, règle 23, tit. III, liv. IV, et surtout la note de de Laurière.

(2) Dumoulin, sur la rubrique du tit. I, de la *Coutume de Paris*, nºs 114, 115, reconnaît que la réserve du domaine direct, au profit du seigneur dominant, n'est pas de l'*essence* du fief.

Hervé conteste même que la directe appartienne de droit commun au seigneur dominant. Sa dissertation est rapportée au Répertoire, vº *Fief*, sect. II, § 1, nº 1.

Cette théorie d'Hervé est la seule qui puisse se concilier avec cette idée, universellement reçue, que le jeu de fief par bail à cens consiste dans la séparation du domaine direct et du domaine utile. — Comp. Répert., vº *Cens*, § 2, nº 1, et vº *Fief*, sect. II, § 7, tom. VI, p. 707.

silence dans une histoire de l'emphytéose. Peu importe l'expression plus ou moins compréhensive par laquelle les jurisconsultes ont essayé de caractériser le droit réel (1) du seigneur dominant, s'il est d'ailleurs constant qu'il apportait une restriction considérable au droit de propriété du vassal, s'il affectait ce droit de propriété de manière à constituer entre le seigneur dominant et le vassal une relation, analogue à celle que le droit romain établissait entre le propriétaire du fonds emphytéotique et l'emphytéote.

2. — Le vassal, comme l'emphytéote, ne possédait qu'à la charge de reconnaître un titre supérieur au sien. Son droit sur le fief pouvait être plus étendu que le droit de l'emphytéote sur le fonds emphytéotique : mais l'expression caractéristique de « possession dérivée » convenait presque aussi bien à la possession de l'un qu'à celle de l'autre (2). D'après l'ancien droit des fiefs, le vassal ne pouvait entrer en jouissance du fief héré-

(1) L'art. 24 de la *Nouvelle Coutume de Paris* ne doit point donner à penser que l'on a eu des doutes sur le caractère de réalité qui appartient au droit du seigneur dominant. Mais, suivant les cas, il pouvait procéder par la voie de la saisie féodale, ou il était réduit à la voie d'action. L'art. 24 donne à cette action la qualité d'hypothécaire. — Comp. les notes de de Laurière, sur les art. 1, 24, 81 de la *Coutume de Paris*.

(2) Comp. ci-dessus, p. 80.

ditaire qu'après avoir prêté hommage (1); et, lorsque l'ancienne rigueur eut été adoucie (2) par les progrès du principe de la patrimonialité des fiefs, le vassal ne pouvait encore se maintenir dans la saisine héréditaire qu'en portant la foi et en baillant le dénombrement dans un délai déterminé (3): faute de quoi le seigneur dominant pouvait procéder à la saisie féodale, sorte de résolution temporaire de la concession du fief (4). Le même seigneur ne pouvait exiger qu'une fois du même vassal cette reconnaissance de son titre de suzeraineté : mais en cas de mutation dans la propriété du fief dominant, le vassal était tenu de réitérer au moins la foi (5).

3. — Le vassal ne pouvait pas plus que l'em-

(1) De Laurière, sur la règle 1re, tit. III, liv. IV, des *Inst. cout.* de Loysel, et sur les art. 1, 7 de la *Cout. de Paris*.

(2) Du moins, d'après le droit commun ; car il y eut quelques coutumes qui conservèrent l'ancienne rigueur. Ce furent celles des *Fiefs de danger*. — Comp. Loisel, règles 1re, 95, t. III, liv. IV, et les notes de de Laurière; Brodeau, sur l'art. 23 de la *Coutume de Paris*, n° 10.

(3) V. les art. 1, 7, 8, 9, 41, 42, 65 de la *Coutume de Paris* et les notes de de Laurière.

(4) Sur le caractère et les effets de la saisie féodale, comp. art. 1, 28, 52, 54, 55, 59 de la *Coutume de Paris* et les notes de de Laurière.

(5) Comp. Loisel, t. III, l. IV, règles 4, 5, 6, 7, 8, 57, 48, articles 63, 64, 65, 66 de la *Coutume de Paris*.—Toutefois, le nouveau seigneur peut exiger le dénombrement, mais à ses frais. Comp. de Laurière sur l'art. 8 de la *Cout. de Paris*.

phytéote se prévaloir de la prescription pour prétendre qu'il avait le droit de posséder son fief en franc alleu. Mais le droit féodal se distinguait du droit romain par la réciprocité, au profit du vassal, du principe de l'imprescriptibilité (1). Ce principe n'empêchait point le vassal, comme tout autre tiers détenteur, d'acquérir par la prescription le fief dominant lui-même (2). En ce sens, il pouvait invoquer la prescription contre son seigneur dominant : mais la cessation de la relation féodale était alors le résultat de la confusion des deux fiefs dominant et servant, plutôt qu'un effet de la prescription, et la nature des biens n'était pas changée. Au surplus, le vassal pouvait invoquer la prescription pour résister à la réclamation de profits seigneuriaux arriérés, ou même pour modifier le taux de ces profits (3).

4. — D'après l'ancien droit féodal, le vassal qui voulait aliéner son fief devait s'en dessaisir entre les mains du seigneur dominant : celui-ci investissait (4)

(1) *Cout. de Paris*, art. 12, 124. Loisel, t. III, l. v, règles 24, 25.

(2) Art. 123 de la *Cout. de Paris* et la note de de Laurière. —Loisel, t. III, l. v, règle 26. — Argou, l. II, c. II, tom. I, p. 151, onz. édit.

(3) Art. 12, 124. *Cout. de Paris*. Loisel, t. III, l. IV, règle 43.

(4) Comp. la note de de Laurière sur l'art. 20 de la *Coutume de Paris*.

ensuite l'acquéreur. C'était l'équivalent de l'obligation où se trouvait l'emphytéote de requérir le consentement préalable du propriétaire. Les progrès du principe de la patrimonialité des fiefs modifièrent cet état des choses : on posa en règle que l'aliénation du fief pouvait se consommer entre le vassal et l'acquéreur, sans intervention du seigneur dominant (1). Il y avait seulement nécessité de lui donner avis et de lui notifier la copie de l'acte d'aliénation (2).

Mais cette règle s'appliquait seulement au cas d'aliénation du fief entier. Il y en avait d'autres pour les cas d'aliénation partielle.

Il est évident que, si cette aliénation constituait un démembrement de fief, l'approbation préalable du seigneur dominant était requise : autrement le fief se fût trouvé *ouvert* quant à la partie démembrée, et le seigneur aurait pu saisir féodalement, faute d'homme (3).

(1) Loisel, t. III, l. IV, règle 1re.

(2) Le défaut de la notification de la vente d'une censive, dans le délai de vingt jours, était puni par une amende : art. 87 de la *Coutume de Paris*. Je ne trouve aucune disposition identique au titre des fiefs. Seulement le nouveau vassal, qui ne satisfaisait point à l'obligation de porter la foi dans le délai de quarante jours, s'exposait à la saisie féodale : art. 45. Il était encore obligé de notifier son contrat, s'il voulait faire courir contre le seigneur le délai étroit du retrait féodal : art. 20 de la *Coutume de Paris*.

(3) Comp. la note de de Laurière sur la règle 90, t. III, l. IV, de Loisel.

Dans le cas de jeu de fief, il en était différemment, à cause de la fiction d'après laquelle il était censé qu'il n'y avait pas d'aliénation, du moins en ce qui concerne les rapports du vassal avec le seigneur dominant (1). Le vassal continuait à porter la foi pour la partie du fief dont ses auteurs ou lui s'étaient joués ; et en cas d'ouverture du fief servant, le seigneur dominant saisissait et exploitait tant les parties du fief dont le vassal s'était joué, que celles qu'il avait retenues (2). C'était pour prévenir ce dernier résultat que le vassal avait un grand intérêt à obtenir l'approbation du seigneur.

5.— Le principe de la patrimonialité des fiefs fut le résultat d'une transaction entre le vassal et le seigneur dominant, analogue à celle qui assura aux emphytéotes le droit d'aliéner (3). Il y eut seulement cette particularité dans le régime du fief, que le prix du consentement du seigneur dut être payé dans le cas d'une mutation héréditaire, comme dans le cas d'une aliénation entre vifs (4). On s'explique aisément cette différence : le bénéfice était une concession essentiellement personnelle, tandis

(1) De Laurière sur l'art. 51 de la *Coutume de Paris*.

(2) Art. 52 de la *Coutume de Paris* et la note de de Laurière.

(3) Comp. de Laurière sur l'art. 1 de la *Cout. de Paris*.

(4) Loisel, *Inst. coutum.*, t. III, liv. IV, règles 18, 20, 21, 22, et les notes de de Laurière.

que l'emphytéose était expressément faite à titre héréditaire et, le plus ordinairement, perpétuel.

Cependant il était rare que les héritiers en ligne directe du vassal fussent assujettis à ce tribut que les autres héritiers devaient payer au seigneur dominant (1) et qui était désigné sous le nom caractéristique de relief ou rachat. Dumoulin (2) considérait comme une anomalie la coutume de Vexin le Français, qui ne faisait pas cette distinction entre les héritiers du vassal. Brodeau (3) la considérait au contraire comme un vestige de l'ancien droit commun. Il serait peut-être plus sûr de chercher la raison de ce contraste dans cette circonstance qu'un grand nombre de concessions bénéficiaires, d'après le titre originaire, se transmettaient héréditairement aux descendants, à l'exclusion des collatéraux (4).

Le profit féodal variait ordinairement suivant

(1) Art. 3, 4 de la *Coutume de Paris,* et la note de de Laurière, sur l'art. 3. — Loisel, liv. IV, t. III, règle 9, 12.

(2) Dumoulin, sur l'art. 3 de la *Coutume de Paris,* glos. VI, n° 6.

(3) Sur l'art. 3 de la *Coutume de Paris,* n° 11.

(4) Eichorn, *Histoire juridique et politique d'Allemagne*, § CCCLXIV, tom. III, p. 702.

4e Édit.—Au § CCCLXIII, note *c*, il cite le texte suivant : « Si, « absque liberis obierit et uxorem prægnantem habuerit, expec- « tatur dum pariat, et si masculus erit, ille habeat beneficium « patris : si non, proximus agnatus defuncti loricam suam vel

le titre de la mutation. Dans le cas de vente, le seigneur dominant avait droit au quint, et suivant quelques coutumes, au requint du prix stipulé. Dans les autres mutations, il n'avait droit qu'au relief ou rachat, lequel était communément de la valeur d'une année de revenu du fief : encore ne pouvait-il être perçu qu'une seule fois en une même année, s'il s'agissait de mutations à titre héréditaire (1).

Ces règles s'appliquaient seulement au cas d'aliénation du fief entier. D'après la fiction sur laquelle reposait le jeu du fief, il est clair qu'il ne devait donner ouverture à aucun profit féodal (2) : quant au démembrement du fief interdit par les coutumes, la nécessité absolue, où se trouvait le vassal d'obtenir le consentement du seigneur, donnait à ce dernier la faculté d'en fixer arbitrairement le prix.

6. — Le seigneur dominant trouvait dans la faculté du retrait féodal (3), au cas de vente du

« equum, quem meliorem habuerit, domino suo offerat et beneficium cognati sui accipiat. »

(1) Loisel, tit. III, l. IV, règles 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23 et les notes de de Laurière.— Art. 23, 33, 47 de la *Cout. de Paris* et les notes de de Laurière.

(2) De Laurière sur l'art. 51 de la *Cout. de Paris*.

(3) De Laurière et Brodeau sur l'art. 20 de la *Coutume de Paris*.

fief, un équivalent du droit de prélation qui appartenait au propriétaire du fonds emphytéotique.

Dans le plus ancien état du droit féodal, il n'y avait pas dans la manière dont s'exerçaient ces deux droits la différence, caractérisée plus tard par le contraste de ces deux expressions, retrait féodal et prélation emphytéotique (1). Le seigneur dominant, au lieu de donner l'investiture à l'acquéreur que lui présentait le vassal, après s'être préalablement dessaisi du fief entre ses mains, réunissait le fief servant *à sa table* (2), à la charge de payer le prix stipulé par le vassal. C'est à ce premier état des choses que se rapporte l'expression de retenue, plus usitée que celle de retrait dans le style des coutumes (3).

Plus tard, la vente put se consommer sans l'intervention du seigneur dominant. Mais il fallait lui en notifier la copie, pour faire courir le court délai pendant lequel il pouvait exercer le retrait : autrement il n'avait à craindre que la prescription de trente ans (4).

Avant même l'expiration du délai, que la noti-

(1) De Laurière, *loco laud.*
(2) Ce sont les termes de l'art. 21 de la *Coutume de Paris.*
(3) Loisel, liv. III, t. v, règle 2.
(4) Loisel, liv. III, tit. v, règle 6, et la note de de Laurière.

fication du contrat de vente faisait courir contre les incapables, le seigneur pouvait renoncer au retrait en approuvant la vente d'une manière quelconque, par exemple en recevant le quint féodal (1). Il ne pouvait, au moins d'après le droit commun, cumuler ces deux bénéfices et, s'il exerçait le droit de retrait, il ne pouvait faire sur le prix, qu'il remboursait, la déduction du profit qu'il aurait perçu en approuvant la vente (2).

Le retrait féodal, même exercé, pouvait être résolu par l'exercice du retrait lignager (3) : circonstance assez difficile à concilier avec le caractère favorable que Brodeau attribue au premier comparativement au second, qu'il considère comme exorbitant, odieux, rigoureux et de droit étroit (4). Au surplus, cette manière de voir était assez justifiée par quelques autres circonstances. Le retrait féodal n'était pas assujetti à cette procédure formaliste, qui menaçait le lignager retrayant de déchéances multipliées (5). Le seigneur n'était pas non plus tenu d'exercer le retrait pour tout ce qui était compris dans la vente, mais

(1) Art. 21 de la *Coutume de Paris*.
(2) Argou, *Institut.*, liv. II, chap. II, t. I, p. 140.
(3) Loisel, liv. III, t. V, règles 4 et 5.
(4) Brodeau, sur l'art. 20 de la *Cout. de Paris*, n° 3.
(5) Brodeau, sur ce même article, n° 27.

seulement pour ce qui était de sa mouvance : et même si plusieurs fiefs, relevant de lui, étaient vendus par un même contrat, il pouvait restreindre son action en retrait à ceux qui lui convenaient et percevoir le quint sur le prix des autres, sauf à faire une ventilation lorsqu'il n'avait été stipulé qu'un seul prix pour le tout (1).

Malgré les protestations de Dumoulin, la jurisprudence validait la cession, faite par le seigneur dominant, du droit de retrait féodal (2).

Il ne reste plus qu'à faire remarquer que le droit de retrait ne pouvait être exercé que dans les cas d'aliénation par vente ou contrats équipollents (3).

7. — La peine de la commise, multipliée par les lois de Justinien, était remplacée dans le régime des fiefs par la saisie féodale, véritable résolution temporaire de la concession (4). Toutefois, la commise proprement dite n'était pas non plus étrangère au droit féodal : c'était la peine de la

(1) Loisel, liv. III, t. V, règles 36, 37. — Brodeau, sur l'art. 20 de la *Cout. de Paris,* n° 19.

(2) Dumoulin, sur la *Cout. de Paris,* en plusieurs endroits. — Comp. Brodeau, sur l'art. 20, n° 6. — Loisel, liv. III, t. V, règle 7.

(3) Brodeau, sur l'art. 20 de la *Cout. de Paris,* n° 1.

(4) Comp. ci-dessus, *eod. paragr.*, n° 1.

félonie et du désaveu. Elle était réciproque (1). Mais l'effet de la commise, encourue par le seigneur, n'était pas de convertir le fief servant en franc alleu (2). Le vassal offensé portait alors la foi au seigneur suzerain (3).

§ III.

Du bail à cens (4).

1. — « On met sa terre en *gagnage* par baux « à rente, cens ou fief, » dit Loisel (5) ; et de Laurière ajoute : « c'est-à-dire, que c'est mettre à profit « des terres que de les bailler à cens, à rente ou « en fief. »

Il est évident qu'il n'y a pas la moindre analogie entre l'inféodation et le bail à rente, consi-

(1) Loisel, liv. IV, t. III, règles 94, 95, 96, 97, 98. — Dumoulin, sur l'art. 3 de la *Cout. de Paris*, gl. IV, nos 10-15.

(2) Cependant la conversion du fief en franc alleu aurait eu lieu, si le fief dominant avait été lui-même un franc alleu. — Dumoulin, *loc. laud.*, no 15.

(3) Le mot de suzerain est pris ici dans l'acception suivant laquelle il s'applique exclusivement à la supériorité féodale *médiate*. — Comp. Répert., vo *Suzeraineté*.

(4) Il ne peut être ici question que du bail à cens proprement dit, c'est-à-dire seigneurial. Il n'est pas inutile de faire remarquer que, dans beaucoup de localités, le bail à cens était l'équivalent exact du bail emphytéotique ou du bail à rente foncière. — Répert., vo *Cens*, §§ 1 et 5. (Additions de M. Merlin à l'article de M. H. de Pansey.)

(5) *Instit. cout.*, liv. IV, t. I, règle 1, et la note de de Laurière

dérés comme moyen de mettre des terres en *gagnage*. A proprement parler, l'inféodation n'est pas par elle-même (1) un moyen de tirer profit d'une terre; puisqu'un fief ou un arrière-fief est de sa nature exempt de redevance foncière, et que le produit casuel des droits seigneuriaux ne saurait être considéré comme un équivalent du revenu de la chose.

On pourrait croire que la manière de mettre la terre en *gagnage* était la même dans le bail à cens et dans le bail à rente, si nous ne trouvions pas dans nos anciens auteurs la distinction formelle du bail à cens et du bail à rente seigneuriale (2). La différence, qu'ils signalent, consiste principalement en ce que la rente seigneuriale est la représentation à peu près exacte des produits de la terre mise en *gagnage*; au lieu que le cens est une prestation d'une extrême modicité, dont l'objet est beaucoup moins de constituer un revenu pour le

(1) Mais il est vrai que, dans la plupart des cas, l'inféodation et surtout la sous-inféodation n'étaient pas autre chose que l'exécution d'un contrat de vente. — Comp. Répert., v° *Jeu de fief*, § 1, et v° *Démembrement de fief*, *passim*.

(2) Cette distinction se trouve dans Brodeau, qui appelle gros cens la rente seigneuriale, et menu cens le cens proprement dit. — Comp. Brodeau, sur la rubrique du tit. II de la *Cout. de Paris*, n°s 17, 18, 19, 21, et M. H. de Pansey, au Répert., v° *Rente seigneuriale*, § I, *passim*.

seigneur qu'une reconnaissance de la directe censuelle (1).

Il est vrai qu'Argou (2) ne croit pas que cette distinction soit fondée sur la nature des choses : il n'y voit que le résultat d'une inadvertance des jurisconsultes qui l'ont précédé. A l'en croire, le cens aurait toujours été dans l'origine la représentation du produit de la chose : mais les altérations progressives des monnaies réduisirent à une valeur extrêmement modique toutes les anciennes redevances. Frappés de la généralité de ce résultat et n'en connaissant pas la cause, les jurisconsultes crurent en donner une explication satisfaisante en disant que le cens était uniquement payé en reconnaissance de la directe.

Ce système pourrait tout au plus paraître plausible, si l'on ne remarquait cette extrême modicité de la redevance que dans les concessions d'une ancienneté immémoriale, et si l'on observait dans les concessions récentes une certaine proportion,

(1) Comp. Dumoulin, sur la rubr. du tit. II de la *Cout. de Paris*, n° 20. — Coquille, sur l'art. 1, tit. *des Cens, Coutume de Nivernais*.

(2) Argou, *Inst. au droit français*, liv. II, chap. IV, au commenc. — Je suis étonné que M. Troplong, habituellement si heureux dans ses explications historiques des points de droit les plus obscurs, ait accueilli cet étrange système d'Argou. — *Louage*, n° 34, t. I, p. 181.

ou, comme dit Coquille, *quelque correspondance* entre les fruits et le cens (1). Encore serait-il certain que ce système repose sur une fausse base, c'est-à-dire sur l'hypothèse qui n'assigne aux censives d'autre origine que la concession des seigneurs. Tout le monde sait, au contraire, qu'un très-grand nombre de censives, sinon la plupart, ont leur origine dans la règle du droit féodal, formulée par la célèbre maxime « nulle terre sans seigneur » (2). On se rend aisément raison de la modicité d'une redevance, qui avait plutôt le caractère d'un impôt que d'un revenu et qui était même plus honorifique que fiscale.

Mais ce qui aurait dû surtout prévenir l'erreur d'Argou, c'est le fait, constaté par lui-même, que

(1) Mais Argou fait précisément la remarque contraire. Suivant lui, les auteurs des concessions récentes auraient stipulé des cens très-modiques par pur égard pour la théorie qu'ils trouvaient établie! L. II, c. IV, p. 160, onz. édit. — Du moins si M. Troplong, *loco laudato*, n'écarte pas absolument cette hypothèse inadmissible, croit-il devoir ajouter que l'on stipulait assez ordinairement des redevances plus considérables que celles fixées par les anciens usages.

(2) Comp. Brodeau sur la rub. du tit. 2, de la *Cout. de Paris*, n. 18, — et les espèces rapportées au Répert., v° *Cens*. §. 4 — Sur l'ancienneté de la règle « nulle terre sans seigneur, » et sur son application plus ou moins étendue et rigoureuse, suivant les lieux et les époques, comp. les notes de de Laurière sur la règle 1, t. II, l. II, des *Inst. cout.* de Loisel et sur l'art. 124 de la *Coutume de Paris*.

dans un grand nombre de baux à cens récents les seigneurs ne stipulaient pas un cens plus élevé que celui de la coutume. Comment cet auteur, d'ailleurs instruit et si judicieux, n'a-t-il pas trouvé la raison de ce phénomène dans la prohibition du démembrement du fief, ingénieusement éludée par la théorie du jeu de fief? Le vassal était obligé de retenir un droit seigneurial sur la partie de son fief, qu'il aliénait : c'était la foi ou le cens, suivant le mode du jeu du fief. D'ailleurs, il lui était loisible d'aliéner le domaine utile à titre de bail à rente ou de vente (1). Dans le premier cas, la rente foncière, confondue avec le cens ou simultanément stipulée (2), prenait la dénomination particulière de rente seigneuriale. Le second cas était celui du bail à cens proprement dit; et l'on

(1) Comp. Répert., vº *Jeu de fief*, § 1, et vº *Démembrement de fief*, *passim*.

(2) Suivant la jurisprudence, différente sur ce point dans les pays de coutumes et dans les pays de droit écrit, il fallait dans les premiers, que la rente seigneuriale fût stipulée conjointement et, pour ainsi dire confusément avec le cens; ou bien il suffisait dans les seconds, que la stipulation de la rente fût au profit du seigneur et contenue dans le même acte que le bail à cens, quoique la rente et le cens fissent d'ailleurs la matière de dispositions distinctes.

Au surplus, et même dans les pays coutumiers, on admettait que tout bail à rente seigneuriale impliquait nécessairement le bail à cens proprement dit. — Comp. Répert., vº *Rente seigneuriale*, § 1.

comprend que plus le prix de l'aliénation avait été rapproché de la valeur vénale de la chose, plus le cens était modique. Il était souvent rigoureusement vrai de dire qu'il n'était payé qu'en reconnaissance de la directe.

La distinction du bail à rente seigneuriale et du bail à cens, proprement dit, reposait sur une différence si réelle et si grave, qu'une règle essentielle du bail à cens était remplacée, dans le cas de bail à rente seigneuriale, par une règle opposée. De droit commun, le cens purement recognitif de la directe était divisible et n'était supporté par chacun des ayants-cause d'un censitaire que dans la proportion de ce qu'il possédait. La rente était absolument indivisible (1).

Au surplus, si le seul bail à rente seigneuriale peut entrer en comparaison avec l'emphytéose du droit romain, considérée comme mode de mettre la terre *en gagnage*, ce n'est pas une raison pour méconnaître l'affinité étroite, qui existe d'ailleurs entre le bail à cens proprement dit et l'emphytéose,

(1) Comp. Brodeau, sur la rubrique du tit. II, de la *Cout. de Paris*, n. 17, 19. — Loisel, l. IV, t. I, règle 25, et tit. II, règle 1. Il semble que M. Henrion de Pansey, au Répertoire, v° *Cens*, § 11, regarde l'indivisibilité du cens comme étant, au contraire, de droit commun; mais la dissidence est plus apparente que réelle, comme on peut s'en convaincre avec un peu d'attention.

et qui a été formellement reconnue par Dumoulin (1). Nous allons essayer de la mettre en évidence.

2. — Un même caractère, que nos anciens auteurs ont à tort cru commun aux deux institutions, nous fournit le trait essentiel de leur ressemblance et la nuance qui les distingue. Je veux parler du démembrement de la propriété en domaine direct, qui demeurait au seigneur, et en domaine utile, qui passait au preneur (2).

Il est inutile d'insister sur l'analogie de cette situation avec celle de l'emphytéote à l'égard du propriétaire du fonds emphytéotique. Remarquons seulement que le droit de l'emphytéote, simple «jus in re alienâ» ne comprenait pas d'autres prérogatives que celles qui étaient nécessairement impliquées dans le droit à la jouissance de la chose: toute autre devait être expressément concédée (3). Le droit du censitaire était à la fois plus étendu et plus énergique : il se composait de toutes les

(1) Dumoulin sur la rub. du t. II. de la *Cout. de Paris*, n° 20.

(2) Nous avons rapporté ci-dessus, § 1, un passage de Boutaric qui fait consister l'essence de l'emphytéose et du bail à cens dans la séparation du domaine direct et du domaine utile. Dumoulin, sur la rubriq. du tit. II de la *Cout. de Paris*, n° 21, considère ce résultat du bail emphytéotique comme son principal trait de ressemblance avec le bail à cens.

(3) Comp. ci-dessus, IIe partie, § 5-14.

prérogatives que le titre de la concession ou la coutume ne réservait pas formellement au seigneur. L'emphytéote avait seulement le droit de changer l'état des choses, pourvu que ces innovations n'entraînassent aucune détérioration. Le droit du censitaire allait jusqu'au pouvoir de détériorer la chose. Dumoulin dit expressément que le seigneur ne pourra se faire un grief de la diminution, que la détérioration de la chose amènera nécessairement dans le produit de ses droits féodaux (1), et Loisel n'excepte du droit du censitaire que les actes qui auraient pour résultat de mettre le fonds hors d'état de fournir le cens (2).

3. — Une situation, à peu près identique à celle qui résultait de l'emphytéose, ne pouvait manquer d'aboutir à des règles de droit d'une parfaite analogie. Le censitaire était également dans la position d'un possesseur précaire à l'égard du seigneur censier. Il était soumis à la même obligation d'aveu

(1) Sur l'art. 74 de la *Cout. de Paris,* gloss. II, n° 2.
Il estime qu'il en doit être autrement en cas d'emphytéose; non qu'il reconnaisse une différence entre la nature du droit de l'emphytéote et celle du droit du censitaire; mais parce que le canon emphytéotique est ordinairement proportionné aux fruits de la chose et que la détérioration du fonds compromettrait trop gravement les droits du propriétaire direct. — *Ibid.*, n° 9.

(2) Loisel, *Inst. cout.*, liv. IV, t. II, règle 5, et la note de de Laurière.

ou d'acte de reconnaissance que le vassal, en matière de fief. Chaque nouveau tenancier devait fournir au seigneur un acte de reconnaissance et, tous les trente ans, un titre nouvel. Chaque nouveau seigneur pouvait exiger la même reconnaissance, mais à ses frais (1).

L'imprescriptibilité de la directe censuelle par défaut de payement du cens, si prolongé qu'il fût, était la conséquence inévitable de ce caractère de la possession du censitaire. L'imprescriptibilité de la directe n'était pas autre chose que celle de la charge même du cens et des profits féodaux. Mais les arrérages arriérés, la quotité même du cens ou des profits féodaux n'étaient nullement garantis par ce principe de l'imprescriptibilité (2). D'ailleurs on ne retrouve pas, en matière de censive, cette réciprocité du principe, que nous avons remarquée en matière de fief (3). La prescription au profit du seigneur était régie par le droit commun.

(1) Comp., *Répert.*, v° Reconnaissance d'héritages. — Brodeau, sur l'art. 73 de la *Cout. de Paris*, n°s 13, 14.

(2) Loisel, *Inst. cout.*, liv. v, t. III, règles 25, 26. — *Cout. de Paris*, art. 124.

(3) L'imprescriptibilité du fief ne peut être opposée par le vassal au seigneur dominant que dans le cas où la possession de ce dernier est la suite d'une saisie féodale. — Comp. art. 12 de la *Cout. de Paris*. — Brodeau, sur cet article, n°s 1, 7.

4. — En ce qui concerne le droit d'aliéner, il y a eu plus de ressemblance entre l'emphytéose et le bail à cens dans le premier état des coutumes, qu'il n'en a subsisté dans le dernier.

Originairement, le censitaire qui voulait aliéner était obligé de se dessaisir entre les mains du seigneur, auquel l'acquéreur demandait l'ensaisinement (1); à cette occasion, le seigneur percevait sur l'acquéreur un profit, qui paraît avoir consisté plutôt dans une somme fixe que dans un droit proportionnel (2). Plus tard, l'aliénation de la censive, comme celle du fief, put se consommer directement entre les deux parties, et le droit commun fit prévaloir la règle : «ne prend saisine, qui ne veut.» (3) Seulement, en cas de vente, la coutume voulait que notification en fût faite au seigneur dans un certain délai (4).

En effet, la vente de la censive et toutes les aliénations par contrats équipollents, comme la dation en payement et le bail à rente rachetable, donnaient ouverture à un droit connu sous la déno-

(1) Comp., la note de de Laurière sur la rubriq. du tit. II de la *Cout. de Paris*.

(2) Du moins, ce droit était fixe dans le dernier état des coutumes. — Art. 82 de la *Cout. de Paris*, et la note de de Laurière.

(3) *Ibid.* — De Laurière indique les motifs que le censitaire nouveau avait pour demander au seigneur l'ensaisinement.

(4) Art. 77 de la *Cout. de Paris*, et la note de de Laurière.

mination de *ventes* ou *lods et ventes* : ce droit était proportionnel (1). Il n'était pas perçu dans les cas d'aliénation à un autre titre ; du moins d'après le droit commun (2).

Le droit de retrait ou retenue n'appartenait pas, non plus, de droit commun, au seigneur censier (3).

5. — Nous avons déjà dit qu'aux yeux de Dumoulin la différence spécifique entre l'emphytéose et le bail à cens consistait en ce que la commise était étrangère à cette dernière institution (4). Cependant Loisel pose en principe que le défaut de payement du cens entraîne la déchéance du censitaire : mais il est constant qu'il a pris l'exception pour la règle (5) ; de droit commun, la négligence et même la contumace du censitaire n'étaient punies que par des amendes (6).

(1) *Cout. de Paris*, art. 78, et la note de de Laurière.—Aux termes de l'édit du 6 mars 1674, le droit fut perçu par le roi en cas d'échange. Comp. tom. I, Argou, liv. II, chap. IV, p. 164, 11e édit.

(2) Il en était autrement d'après la *Cout. de Nivernais*. — Tit. des Cens, art. 2, et Coquille, *ibid*.

(3) Loisel, *Inst. cout.*, liv. III, t. V, règle 3.

(4) Dumoulin, sur la rubriq. du tit. 2 de la *Cout. de Paris*, n° 33.

(5) Loisel, liv. IV, t. II, règle 22, et la note de de Laurière.

(6) *Cout. de Paris*, art. 77, 85. — *Voy.* au *Répert.*, v° Cens, § 4, des espèces dans lesquelles la prétention des censitaires de n'être point tenus du cens n'a pas été punie par la commise.

Nous ne trouvons même pas en cette matière l'équivalent de cette saisie féodale, que nous avons caractérisée par l'expression de résolution temporaire. Il est bien vrai, qu'outre l'action hypothécaire (1) pour le recouvrement des profits seigneuriaux, le seigneur censier avait la voie de la saisie quand il s'agissait du cens lui-même (2). Mais cette saisie n'était qu'une simple voie d'exécution (3); et, comme le cens ne consistait en quelque sorte qu'en un léger prélèvement à faire sur les fruits, cette voie d'exécution était restreinte aux fruits pendants de la terre, ou aux meubles garnissant les maisons (4). Tout ce qui peut rappeler le caractère résolutoire de la saisie féodale, c'est que le seigneur censier saisissant était préféré à tous autres créanciers (5); et que, pendant la vacance des censives et jusqu'à ce qu'il fût reconnu, il avait le droit de jouir du fonds et de faire les fruits siens (6).

(1) Art. 81 de la *Cout. de Paris* et la note de de Laurière.

(2) Art. 74, 75, 86 de la *Cout. de Paris* et les notes de de Laurière.

(3) Le seigneur censier saisissant ne faisait pas les fruits siens. — Brodeau sur l'art. 74 de la *Cout. de Paris*, n. 20, 21.

(4) Art. 74 et 86 de la *Cout. de Paris* et les notes de Delaurière.

(5) De Laurière sur l'art. 74 de la *Cout. de Paris*.

(6) Mais il ne peut prétendre, en outre, au cens pendant la

§ IV.

Du bail à bourdelage (1).

De toutes les institutions coutumières, celle qui se rapproche le plus de l'emphytéose romaine, par le fond même de la situation comme par les détails de la doctrine, est incontestablement le bordelage ou bail à bourdelage (2). Nous ne saurions le confondre avec tant d'autres baux d'héritages, à charge de redevances foncières, auxquels une dénomination particulière ne donne aucun caractère original, et que nous passerons sous silence, parce qu'ils se résolvent en dernière analyse dans le bail à cens ou dans le bail à rente foncière.

1. — Le bail à bourdelage ne se distingue pas

durée de cette jouissance. — Comp. Loisel, *Inst. cout.*, liv. IV, t. II, règles 20, 21. — Brodeau sur la rub. du tit. 2 de la *Cout. de Paris*, n. 30.

(1) Comp. sur cette matière Argou, liv. II, chap. I, p. 179, 11e édit. — Mais surtout la *Cout. du Nivernais*, dont le tit. VI est exclusivement consacré à cette matière, et les commentaires de Coquille sur les articles de ce titre.

(2) Coquille sur l'art. 15, tit. VI, *Cout. du Nivern.* : « Donques « est à considérer que ce bourdelage a beaucoup de propriétés « tirées de l'Emphytéose des Romains : » — Sur l'art. 23, *ibid.* « Selon l'établissement des Emphytéoses (dont a été beaucoup « emprunté pour l'appliquer aux bordelages) : » — Sur l'art. 19, t. V, *des Cens*, même cout. : « La paction tacite est censée adhé- « rer au bail à bourdelage d'amender l'héritage *ad instar* de « l'emphyteuse. »

seulement du bail à cens, comme le bail à rente seigneuriale, par la *correspondance* de la redevance aux fruits (1). Quoique Argou semble ne l'avoir considéré que comme un cas particulier du bail à cens, et qu'au Répertoire de jurisprudence (*hoc verbo*) il soit formellement dit qu'il donnait naissance à un droit seigneurial, il faut tenir pour certain qu'il était également susceptible de s'appliquer à des fonds nobles et roturiers (2).

2. — Le bail à bourdelage conférait au preneur un droit réel, perpétuel (3), et qui embrassait tou-

(1) Coquille met une insistance toute particulière à faire cette remarque, en se servant toujours de l'expression que nous avons cru devoir lui emprunter.— *Voy.* son commentaire sur l'art. 1, t. v, *des Cens,* et surtout sur l'art. 3, tit. vi, *des Bordelages, Cout. de Nivernais.*

(2) A la rigueur, on pourrait se contenter de ce texte : « Toutes manières d'héritages se peuvent bailler à bordelage, « soient maisons.... et autres de quelque espèce qu'ils soient.... » Art. 1, tit. vi. — Mais le doute ne saurait subsister, quand on réfléchit que, si le bail à bourdelage avait été essentiellement féodal, on n'aurait jamais pu mettre en question « si bourdelage pou- « vait être mis sur cens d'autruy. » — Art. 13, tit. v, et Coquille *ibid.* — Enfin il est clair que la conversion des bordelages sur maisons, à Nevers et autres villes, en baux à cens et baux à rente foncière n'était pas arbitrairement faite : mais que l'une ou l'autre avait lieu suivant la nature féodale ou allodiale du fonds baillé à bourdelage. — Art. 30, tit. vi, et Coquille, *ibid.*

(3) La succession des héritiers du détenteur bordelier n'était pas régie par le droit commun. Les héritiers, autres que les descendants et ceux-ci même, d'après l'ancienne coutume, ne pouvaient succéder au défunt dans la chose bourdelière, que s'ils

tes les prérogatives, naturellement comprises dans le droit de jouissance. Mais, ce droit comportait des restrictions qui l'identifiaient presque absolument avec celui que la *pure théorie romaine* reconnaissait à l'emphytéote, et qui le distinguaient sensiblement des droits du « seigneur utile censier (1). Ainsi le « détenteur bordelier » ne pouvait apporter dans l'état de « la chose bordelière » aucun changement qui impliquât détérioration (2). Il ne pouvait même pas disposer des améliorations qui étaient son ouvrage, et que régulièrement (3) il ne devait

étaient avec lui, au moment de son décès, membre d'une même *communauté*. —Comp. les art. 18, 19, tit. VI, *Cout. du Nivern.* et Coquille *ibid.* — Ceci se rapporte à une des particularités les plus intéressantes de notre ancien droit, touchant l'organisation de la famille et de la propriété dans les classes inférieures de la population de certaines provinces.

(1) Le langage de Coquille, lorsqu'il veut caractériser le droit de celui que sa coutume elle-même (art. 4, tit. VI) appelle « détenteur bordelier », est embarrassé et quelquefois contradictoire, comme dans ce passage (sur l'art. 2, tit. VI) : «.... le détenteur « seigneur utile n'est que superficiaire. » C'est qu'il envisage la condition du « détenteur bordelier » à l'égard du bailleur, au profit duquel « bordelage emporte directe seigneurie » (art. 2, t. VI), Ailleurs (sur l'art. 1, tit. V), comparant les conditions respectives du « détenteur bordelier... » et du censitaire (que sa coutume appelle aussi détenteur (art. 11, 12, 14, t. V), il est plus explicite : « Vray est que les *sieurs utils censiers ont plus de droit* « *en la propriété que n'en ont les détenteurs bourdeliers,* qui, « selon le langage romain, pourraient être dits superficiaires...»

(2) Art. 15, tit. VI *Cout. de Nivern.*—Coquille *ibid.*

(3) C'était avec beaucoup de réserve que Coquille proposait d'adoucir la rigueur de cette règle : « s'il a fait des amendemens

plus séparer de l'héritage avec lequel elles se trouvaient incorporées. Il n'avait pas le droit d'exploiter à son profit des carrières ou des minières, qu'il aurait découvertes sur le fonds « parce que *in dubio* « le bail, qui lui avait esté fait, est censé estre selon « la nature et estat de la chose, qui estoit au temps « de la concession » (1). On lui reconnaissait bien le droit de se soustraire par le délaissement aux charges onéreuses du bail à bourdelage, mais à la condition de les avoir acquittées pour le passé et de laisser la chose bourdelière en bon état (2).

3. — On conçoit aisément, d'après ces données, que le bail à bourdelage, comme le bail à cens et le bail emphytéotique, ne pouvait donner naissance qu'à une possession à titre précaire. Aussi Coquille applique-t-il sans difficulté au bail à bourdelage tout ce qu'il a dit sur l'imprescriptibilité de la directe, en traitant du bail à cens (3). Les coutumes et la jurisprudence soumettaient encore le « détenteur bordelier » et le censitaire aux mêmes obligations

« et méliorations de sa volonté, sans y être tenu, et outre son « devoir, *je crois* qu'il en peut disposer librement, pourvu que « ce ne soit pas par forme de mauvais mesnage, ni en fraude : « ains pour sa commodité particulière... » (sur l'art. 15, tit. v).

(1) Coquille sur l'art. 2, tit. vi, *Cout. de Nivernais.*

(2) Art. 16, t. vi, même coutume.

(3) Art. 28, tit. vi de la *Coutume de Nivernais,* et Coquille, *ibid.* — Comp. art. 22, tit. v, et Coquille *ibid.*

d'exhiber leurs titres au seigneur direct et de fournir reconnaissance et titre nouvel (1).

4. — Il paraît que, dans l'origine, le preneur à bourdelâge ne pouvait pas plus aliéner son droit que ne le pouvait l'emphytéote, d'après le premier état du droit romain : le consentement du seigneur bordelier était indispensable. Lorsque les coutumes eurent « par composition générale arbitré le prix « selon lequel le seigneur devrait vendre son con« sentement », la règle ne tarda pas à s'établir que le « détenteur bordelier » pourrait aliéner son droit « irrequisito domino » (2). Cependant le droit d'aliéner ne fut pas concédé au « détenteur » sans de notables restrictions : Coquille nous apprend qu'il ne pouvait, « outre le gré de son seigneur vendre « rente sur son tenement, ni le bailler à rente » (3).

Cette décision, que Coquille ne fonde sur aucun texte exprès de sa coutume et dont il ne

(1) Art. 26, tit. VI de la *Coutume de Nivernais* et Coquille sur cet article.

(2) Comp. art. 23, tit. VI, *Cout. de Nivern.*, et Coquille, *ibid.* — Au témoignage de cet auteur, la *Coutume de Bourbonnais* avait retenu de l'ancien état des choses, l'obligation pour le « détenteur bordelier de « faire une réquisition » pour rendre « le seigneur premier refusant, à peine de commise. »

La ressemblance de ce régime avec celui de l'emphytéose était par là portée au plus haut point.

(3) Coquille, sur l'art. 25, t. VI de la *Coutume de Nivernais*.

donne d'ailleurs aucune raison, se rattache à une différence notable entre le régime du bail à bordelage et celui du bail à cens, c'est-à-dire à la prohibition de « partir, diviser ou démembrer la « chose ou, choses bordelières, posé qu'elles con- « sistent en plusieurs pièces » (1) : c'était un point constant, en jurisprudence coutumière, que le bail à rente foncière, non rachetable surtout, constituait un véritable démembrement de la propriété de l'héritage, ainsi aliéné (2). Quant à la prohibition elle-même de « démembrer la chose « ou choses bourdelières », Coquille en donne la raison dans les termes suivants (3) : « Donques « le partage ou démembrement en pièces séparées « est défendu pour ce qu'il engendre confusion « et desreiglement en la prestation de la rede- « vance. » Aussi ne considérait-on pas comme démembrement prohibé par la coutume soit l'aliénation au profit du maître d'une de ces communautés, si nombreuses dans cette partie de la France, quoiqu'elle eût pour conséquence l'acquisition d'une part indivise par chacun des parsonniers ; ni même l'admission d'un nouveau

(1) Art. 11, t. vi, *Cout. de Nivern.*, et Coquille, *ibid.*

(2) Art. 59 de la *Coutume de Paris*, et la note de de Laurière.

(3) Coquille, dans son commentaire sur l'ensemble des art. 11, 12, 13, t. vi, *Cout. de Nivern.*

parsonnier dans la communauté, qui jouissait déjà du bail. Enfin on ne comprenait pas non plus dans la prohibition les « divisions ou séparations à « temps, au-dessous de dix, vingt ou trente ans, » que les cultivateurs font assez souvent entre eux «pour plus facilement mesnager leur labourage» (1).

Le démembrement prohibé était puni par la commise. Mais la coutume accordait au détenteur bordelier un délai d'an et jour à partir du commandement du bailleur, pour remettre les choses en leur premier état (2). La jurisprudence s'était montrée encore plus indulgente que la coutume, car elle n'appliquait la peine de la commise qu'aux pièces démembrées et décidait que la redevance bordelière devait être proportionnellement réduite (3). Cette jurisprudence équivalait dans bien des cas à l'autorisation du démembrement (4).

5. — Nous avons déjà vu que la coutume avait fixé le prix du consentement que le seigneur ne pouvait refuser à l'aliénation, faite par le « détenteur bordelier » : ce prix était exorbitant. « Nos

(1) Coquille, *ibid.*
(2) Art. 11, 12, 13, t. VI, *Cout. de Nivern.*
(3) Comp. Coquille sur les art. précéd. cités.
(4) Il pouvait être plus avantageux pour le preneur de se débarrasser de quelques pièces d'une exploitation onéreuse, que pour le bailleur de profiter de cette commise restreinte aux pièces démembrées.

« ancêtres, dit Coquille (1), par composition gé-« nérale, ont arbitré le prix selon lequel le sei-« gneur devrait vendre son consentement, qui, en « effet, est la moitié de ce que le bordelier reçoit « en vendant, que l'on appelle tiers en montant (2). « Car les deniers que le vendeur reçoit, et la « part que le seigneur prend, tout cela assemblé, « c'est le vrai prix de l'héritage, et le seigneur « en prend le tiers ; ce qui est bien rude, mais la « loi est telle. » Le tiers denier était perçu dans tous les cas d'aliénation qui auraient donné ouverture à la perception des lods et ventes, en matière de censives, c'est-à-dire dans tous les cas d'aliénation d'après la *Coutume de Nivernais* (3).

6. — Aux termes du même article, le seigneur bordelier jouissait du droit de retenue dans les mêmes cas et de la même manière que le seigneur censier, c'est-à-dire à la charge de « rembourser « l'acquéreur du sort principal et loyaux cousts », sans pouvoir cumuler l'exercice de ce droit avec la perception du tiers « denier », et seulement en

(1) Sur l'art. 23, t. VI, *Cout. de Nivern.*

(2) L'art. 23 lui-même était ainsi conçu : « Si un bordelier « vend l'héritage qu'il tient à bordelage, le seigneur bordelier a « ... le tiers denier du prix de ladite vente... pour ce que le tiers « denier se prend *outre le prix et en montant...* »

(3) Art. 25, t. VI, *Cout. de Nivern.* — Comp. art. 2, t. V.

cas de vente (1). On voit que, sur ce point, l'analogie est plus grande entre le bail à cens et le bail à bordelage qu'entre ce dernier et l'emphytéose.

7. — En revanche, la théorie du bail à bordelage a emprunté au régime de l'emphytéose la commise, faute de payement, étrangère à la théorie du bail à cens. Tout semble ici emprunté au droit romain, le principe lui-même, le délai qui est également de trois ans, et la rigueur de la déchéance, qui a lieu de plein droit, en ce sens du moins qu'aucune décision judiciaire n'était nécessaire pour faire rentrer le seigneur bordelier dans la propriété et dans la saisine de la chose bordelière. Mais il devait se borner à intenter contre le détenteur bordelier l'action possessoire et se garder de l'expulser de vive force (2).

Toutefois le seigneur bordelier ne devait pas perdre de temps avant de faire ses diligences, s'il ne voulait pas courir le risque de perdre le bénéfice de la commise : ce qui arrivait si, avant toutes diligences faites de la part du seigneur bordelier, le détenteur bordelier venait « offrir et pré« senter payement à descouvert desdites trois

(1) Comp. art. 23, 24 et 25, t. VI., et art. 2 et 4, t. V, *Cout. de Nivern.*

(2) Art. 4, 5, 6, 7, t. VI, *Cout. de Nivern.*, et Coquille sur ces articles

« années écheues : sa demeure ou négligence,
« quant à ce, *estoit* tenue pour deüment purgée» (1).

De même qu'en droit romain, la commise encourue ne libérait pas le détenteur bordelier de l'obligation de payer « les arrérages du temps « escheü avant la commise » (2); ce qui suggérait à Coquille cette observation : « donques la com-« mise est peine toute pure, car si la peine estoit « au lieu d'intérêt, le seigneur outre la peine « ne demanderoit les arrérages... Au cas de pré-« sent, la peine est pour la contumace et con-« temnement ». On exagérait ainsi le principe rigoureux de la commise (3), afin d'être autorisé à en restreindre autant que possible l'application. La *Coutume de Nivernais* ne l'admettait que contre « le détenteur bordelier *premier preneur ou* « *revestu* du bourdelage, qui cesse de payer la rede-« vance bourdelière par trois ans continuels et « consécutifs (4) » et contre « l'héritier ou suc-« cesseur médiat ou immédiat, qui a commencé « de payer par deux ans : depuis lesquels s'il cesse « par trois ans à payer, il commet ledit héritage

(1) Art. 8, t. VI, même cout., et Coquille, *ibid.*

(2) Art. 9, *ibid.*, et le *Commentaire* de Coquille.

(3) En effet, la commise du détenteur bordelier, faute de payement, est bien autant une garantie pour le bailleur qu'une peine contre le premier.

(4) Art. 4, t. VI, *Cout. de Nivern.*

« bordelier » (1). Coquille ajoute sur ce dernier article un commentaire, qui en met l'esprit dans le plus grand jour : « les circonstances, mises « en ces articles de *preneur*, *revestu*, qui a payé « deux ans, sont pour démontrer que le détenteur, « contre lequel on veut exercer la commise, ne « peut être ignorant de la charge ny à qui elle « est deüe, ny de quelle somme et quantité elle est : « car pour commettre, il faut que la demeure de « payer soit avec mauvaise foi et vraye contumace. « Donques si le maistre de communauté a cessé « de payer la redevance que lui et ses parsonniers « doivent, j'estime que les parts desdits parson-« niers ne seront commises, parce qu'il n'y a « demeure ni contumace d'eux : et le maistre, qui « n'a puissance d'aliéner directement, ne peut « obliquement par sa faute aliéner les parts que « les parsonniers ont en l'héritage. Ainsi se dit « du tuteur : la cessation duquel ne produit pas la « commise... »

8. — Malgré ces adoucissements, le bail à bourdelage était un titre très-onéreux (2). Aussi ne l'admettait-on pas facilement et ne pouvait-il résulter que d'un bail d'héritage : à défaut de titre,

(1) *Ibid.*, art. 5.
(2) Coquille, sur l'art. 44, tit. XXXII de la *Cout. de Nivernais.*

la coutume n'indiquait qu'une seule présomption, de laquelle pût résulter la nature bordelière de la redevance (1). On finit même par exproprier en quelque sorte les seigneurs bordeliers, en autorisant la conversion forcée du bail à bourdelage en bail à cens ou à rente foncière, lorsqu'il était assis sur des maisons; et l'on prohiba cette application du contrat (2).

§ V.

Du bail à rente foncière (3).

1. — Nous avons déjà dit que le bail à rente foncière se distinguait du bail à cens et du bail emphytéotique, en ce qu'il n'opérait pas précisément le démembrement de la propriété pleine et entière d'un fonds en domaine direct et en domaine utile (4). C'est pour cela qu'on pouvait bailler à rente foncière toute sorte d'héritage, toute nature de droit immobilier (5).

(1) Comp. Coquille, sur l'art. 1, t. VI, *ibid.*, et art. 3, *ibid.* avec le *Commentaire* de Coquille.

(2) Art. 30, *ibid.* et le *Commentaire* de Coquille.

(3) Cette matière a été traitée avec beaucoup de précision par Argou. *Institution du Droit français*, L. III. c. XXV. Pothier en a fait l'objet d'un traité spécial.

(4) V. ci-dessus, § 1, *passim*, et surtout *in fine*.

(5) Comp., dans Pothier, *Du bail à rente foncière*, n. 1, la définition de ce contrat.—*Ibid.*, n. 6.

Cependant c'était une idée généralement reçue que le bail à rente foncière opérait une sorte de démembrement de la propriété ; et l'on faisait découler de cette idée certaines conséquences graves, mais qui ne se confondaient point avec les résultats de la division de la propriété en domaine direct et en domaine utile.

Voici comment Pothier (1) fait ressortir ce caractère du bail à rente foncière, qui lui donne une si étroite affinité avec le bail emphytéotique : « Le droit de rente foncière étant une espèce de dé- « membrement de l'héritage, que le bailleur ne « transfère par le bail au preneur que sous la dé- « duction du droit de rente qu'il y retient, on « peut dire que la propriété de l'héritage se trouve « *en quelque sorte* (2) partagée entre le preneur ou « ses successeurs, qui ne l'ont que sous la déduc- « tion de la rente, et le bailleur ou ses successeurs, « créanciers de la rente, à qui elle appartient pour « le surplus. »

Il y a quelque différence entre cette manière de

(1) *Traité du bail à rente foncière*, n. 107.

(2) Cette indécision du langage de Pothier semble autoriser le scepticisme de celui de Tronchet dans ce passage d'un rapport présenté au comité des droits féodaux et cité par M. Troplong. *Louage*, I, n. 53, *in fine* : « ... Ce genre de propriété fictive que « l'on suppose... réservée au bailleur dans le bail à rente ordi- « naire... »

voir et celle de de Laurière (1). Aux yeux de ce profond jurisconsulte, il y avait plutôt démembrement de la chose que démembrement de la propriété. Ce point de vue me semble préférable à celui de Pothier (2).

2. — Quoi qu'il en soit, on s'accordait unanimement à reconnaître que, sous la déduction de cette partie de l'héritage représentée par la rente foncière, le preneur était investi du droit de propriété, tel qu'il avait existé au profit du bailleur. Conséquemment, il avait sur la chose le droit de disposition le plus absolu, à moins que le bailleur ne lui eût transmis seulement le domaine utile d'un fonds, dont un autre aurait eu le domaine direct : dans ce cas, la limitation des droits du preneur n'avait pas sa cause dans le bail à rente foncière. Mais c'était une conséquence nécessaire de cette sorte de communauté qui existait entre le propriétaire de la rente foncière et le propriétaire de l'héritage, que celui-ci n'eût pas la faculté de détériorer le

(1) Comp. les savantes notes de de Laurière sur les art. 59, 83, 87, 99 et 100 de la *Coutume de Paris*.

(2) On ne peut s'empêcher de remarquer quelque embarras et même une sorte de contradiction dans les idées de Pothier lorsqu'il essaye de déterminer la différence qui existe entre le droit réel à la rente foncière et les autres charges réelles d'un fonds, et lorsqu'il explique les effets du bail à rente au profit du preneur. —*Du bail à rente*, n. 18, 111 et suiv.

fonds de manière à faire perdre au bailleur la seule garantie qu'il eût du service de la rente (1) : en un mot, il ne fallait pas que l'usage, que le preneur ferait de sa propriété sur le fonds, devînt une atteinte à la propriété du bailleur sur la rente foncière.

Il est à peine nécessaire de faire remarquer que toutes les améliorations inespérées ou fortuites, survenues dans l'état de l'héritage, profitaient exclusivement au preneur; et que, réciproquement, les dépréciations ou détériorations, résultant du cours naturel des choses ou de quelque accident, étaient à sa charge exclusive (2).

Enfin il est évident que le preneur, propriétaire de l'héritage, n'avait jamais eu besoin d'autorisation pour aliéner ses droits : aussi ne rencontre-t-on dans le régime du bail à rente rien d'analogue à ces droits de mutation, usités en matière de fief, de cens et de bourdelage. Mais ce n'eût pas été dénaturer un bail à rente que d'y insérer une clause qui aurait assujetti le preneur à des prestations analogues dans les mêmes occasions (3).

3. — La théorie reçue, qui assimilait le droit

(1) Pothier, *op. laud.*, n. 113.— Comp. ci-dessous, n. 4.

(2) Pothier, *op. laud.*, n. 114, 115.

(3) Merlin, Répert., v° *Rente seigneuriale*, § 2, n. 6 bis, tom. XIV, p. 743, cinquième édition.

de rente foncière à la propriété d'une portion du fonds, n'impliquait en aucune façon que la possession du preneur aurait, à l'égard du bailleur, le caractère d'une possession précaire. Le détenteur précaire est celui qui possède au nom d'autrui. Or le preneur possédait incontestablement à titre de propriétaire l'héritage ou le droit immobilier, qui lui avait été baillé à rente foncière. Quant à cette portion idéale de la chose représentée par la rente foncière, il n'en était pas constitué par son titre simple détenteur, chargé de la conserver au bailleur. S'il possédait l'héritage sans payer la rente, il possédait, à la vérité, pour l'intégralité ce qui lui avait été baillé pour partie seulement : sa possession débordait son titre, suivant une expression remarquable d'un auteur moderne (1). Il y avait usurpation réelle, qui pouvait être plus ou moins suspecte de mauvaise foi ; mais il n'y avait pas nécessairement cette possession équivoque, qui, à moins d'interversion dans le titre, ne peut servir de base même à la prescription trentenaire. Aussi n'était-il pas douteux qu'après un délai de trente ans entre « agez et non privilégiez »

(1) M. Troplong, *Prescription*. — V. en tête du commentaire des art. 2240 et 2241, la rubrique du n. 529.
Comp., *ibid.* n. 528, 529.

le preneur, qui avait possédé l'héritage sans payer la rente foncière, avait prescrit la franchise de cet héritage. Tout autre détenteur que le preneur lui-même ou ses héritiers pouvait obtenir le même résultat dans un moindre délai, dans les coutumes qui admettaient la prescription avec juste titre et bonne foi (1).

(1) Ces idées diffèrent de celles de Pothier.

S'agit-il d'un tiers-détenteur, avec titre et bonne foi, Pothier admet que l'extinction de la rente foncière est la suite de l'acquisition de la propriété franche et entière par le moyen de la prescription. Si c'est le preneur ou son héritier, médiat ou immédiat, qui invoque la prescription trentenaire, il admet encore l'extinction de la rente viagère; mais il rapporte exclusivement ce résultat à la prescription libératoire. Il refuse absolument de reconnaître dans la possession de ce preneur la qualité requise pour la prescription à l'effet d'acquérir.—*Op. laud.*, n. 196, 211.

On peut rappeler, à l'appui de cette manière de voir, que la prescription trentenaire à l'effet d'acquérir n'était pas aussi exclusive de la présomption de bonne foi, sous le régime de la *Coutume de Paris* notamment, qu'elle l'est sous le Code civil. —Comp. art. 118, 123, 124 de la *Cout. de Paris*, la note de de Laurière sur l'art. 123 et le commentaire de Brodeau sur l'article 118, n. 5 et 7.

Quoi qu'il en soit, il y a véritablement contradiction entre le refus d'admettre la prescription à l'effet d'acquérir et l'admission de la prescription libératoire. Il est aisé de concevoir que l'extinction d'une servitude par le non-usage pendant trente ans rende au propriétaire la franchise de son héritage; mais si l'on n'admet pas que le preneur a *acquis* par la prescription la *portion* de l'héritage, représentée par la rente foncière, il faut bien reconnaître que le bailleur en a conservé la *propriété*.

Au surplus, il n'est pas exact d'objecter que le preneur, auquel on oppose le titre originaire du bail à rente, n'a pas pu

Mais si cette théorie n'avait pas pour résultat de rendre la rente foncière imprescriptible, comme le cens ou la rente bordelière, elle avait du moins pour conséquence de la rendre de plein droit perpétuelle et non rachetable. Il était sans doute loisible aux parties de stipuler que la rente foncière pourrait être rachetée; seulement, comme cette clause ne changeait pas la nature de la rente, le bénéfice en était perdu pour le preneur ou ses ayants-cause, s'ils n'en usaient pas dans le délai de trente ans. Il y avait cependant certaines circonstances, dans lesquelles cette prescription n'avait pas lieu (1).

4. — Il serait trop long d'énumérer les conséquences, nombreuses et importantes, de cette théorie sur la nature de la rente foncière : nous nous bornerons à en signaler deux nouvelles, concernant les modes d'extinction du droit de rente foncière.

prescrire contre son titre. Il est vrai qu'il manque de titre pour justifier régulièrement la possession de ce qui n'est pas concédé par le bail à rente; mais c'est précisément pour le cas où le titre manque que la prescription trentenaire a été introduite. On ne pouvait donc refuser absolument au preneur et à ses héritiers le bénéfice de la prescription à l'effet d'acquérir, la seule, en définitive, qui puisse rendre raison des résultats admis par Pothier lui-même.

(1) Comp. art. 85, 99, 100, 120, 121, 122 de la *Coutume de Paris*, et les savantes notes de de Laurière.
Comp. Pothier, *op. laud.*, n. 78.

La première, dont l'admission ne paraît pas avoir jamais été contestée (1), c'est l'extinction de la rente foncière par suite de la perte de l'héritage, dont elle était censée faire partie. Cependant on admettait aisément la dérogation au droit commun sur ce point : tel était l'effet de la clause de « fournir et faire valoir » la rente foncière (2).

La seconde, qui paraît s'être développée progressivement et avec assez de peine, est célèbre sous le nom de faculté de déguerpissement (3). Les rentes foncières étant dues par les fonds et non par les personnes, on déduisit naturellement de cette idée la conséquence, qu'en abandonnant le fonds les détenteurs et même le preneur originaire ou ses héritiers pourraient se libérer de la charge d'acquitter les arrérages de la rente (4) : seulement on décida que ces détenteurs seraient personnellement tenus des arrérages, échus pendant qu'ils conservaient volontairement la possession des fonds gre-

(1) Comp. la note de de Laurière sur l'art. 100 de la *Cout. de Paris*.

(2) Pothier, *op. laud.*, n. 195.

(3) On sait qu'elle a fourni la matière d'un traité spécial de Loyseau.

(4) Art. 100, 109, 110 de la *Coutume de Paris* et les notes de de Laurière.

vés (1). La clause de « fournir et faire valoir » emportait encore en cette matière dérogation au droit commun.

5. — Il paraît certain, au moins dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence (2), que le décret, forcé et volontaire, purgeait la rente foncière. Mais cette décision ne contredisait pas la théorie reçue sur la nature du droit de rente foncière, puisqu'on avait décidé que le décret volontaire purgeait la propriété même, quand il n'y avait pas eu opposition de la part de ceux qui pouvaient la revendiquer (3). Mais la jurisprudence du parlement de Paris, qui assimilait l'effet des lettres de ratification à celui du décret, était un véritable démenti donné à tous les principes de la matière : aussi M. Merlin et la cour de cassation n'ont-ils jamais tenu de compte de cette jurisprudence (4).

6. — Les avantages, que procurait au proprié-

(1) *Voy.* les notes de de Laurière sur les art. 99, 100, 101 de la *Cout. de Paris.*

(2) Comp. Répert., v° *Hypothèque*, sect. 1, § 16, et Poth., *op. laud.*, n. 104 *in fine.*

Cependant de Laurière dit positivement le contraire dans sa note sur l'art. 102 de la *Cout. de Paris.*

(3) Comp. M. Merlin., Quest., v°. *Lettres de ratification*, § 3, p. 263 *in fine,* quatr. édit.

(4) M. Merlin, *loc. laud.* § 3., *passim.* — Comp. Répert., v° *Hypothèque, loc. laud.*

taire de la rente foncière la combinaison dont nous avons essayé de donner une idée, étaient considérables : c'étaient les avantages réunis de la propriété mobilière et de la propriété foncière. Mais elle les lui procurait au détriment du propriétaire de l'héritage, sur qui retombaient tous les risques de l'exploitation et toutes les charges de la propriété (1) et auquel on avait été obligé de réserver la triste ressource du déguerpissement (2). Si la ressemblance est grande, au point de vue de la théorie juridique, entre cette combinaison et celle de l'emphytéose romaine, le contraste de leurs résultats respectifs n'était pas moins remarquable. Le bail à rente foncière, onéreux pour le cultivateur (3), n'a jamais été considéré avec faveur par la jurisprudence.

De bonne heure, elle s'est appliquée à restrein-

(1) Il est bien vrai que, de droit commun, l'espèce de communauté qui existait entre le propriétaire de l'héritage et celui de la rente foncière imposait à ce dernier quelque participation à certaines charges; mais les clauses de dérogation au droit commun, sur ce point, étaient devenues de style.

Pothier, *op. laud.*, n° 107.

(2) On avait commencé par la refuser au preneur originaire et à ses héritiers. Pothier, *eod. op.*, n° 123.

(3) Ces observations ne sont applicables qu'au bail à rente proprement dit, dans lequel la rente foncière emportait presque toute l'utilité de la propriété, et non pas à ces baux à rente, qui, pour des raisons particulières, se faisaient à des conditions modérées, ni à ceux dans lesquels, par exception, il y avait des *deniers d'entrée*. Comp. Argou, *op. laud.*, l. III, c. XXV, p. 259, 260, onz. édit.

dre la création des rentes foncières. Dans l'origine, le propriétaire d'un héritage pouvait indifféremment l'aliéner, en se réservant une rente foncière, ou le conserver, en aliénant au contraire cette *délibation* de la propriété : les jurisconsultes ne faisaient aucune différence entre ces deux positions. Mais la haine de ce qu'on appelait indistinctement *usure* commença l'œuvre que la faveur de la liberté des héritages devait achever. Le propriétaire, qui grevait d'une rente foncière le fonds qu'il conservait, ne pouvait être qu'un emprunteur : on le considéra comme débiteur et non comme copropriétaire. De là le principe que ces rentes étaient rachetables à perpétuité (1).

Les rentes foncières ne purent désormais résulter que d'un bail *à rente foncière*. Encore l'intérêt public contraignit-il le législateur d'altérer le caractère de ces rentes lorsqu'elles grevaient des maisons : dans ce cas, elles étaient ordinairement rachetables (2).

(1) Comp. les notes de de Laurière sur les art. 85, 87, 99, 100, 101, 102, de la *Cout. de Paris*. — Comp. également Argou, *loc. laud.*, p. 258.

(2) Comp., outre les citations de la note précédente, art. 121, 122, de la *Cout. de Paris*, les notes de de Laurière et les commentaires de Brodeau sur ces articles. — Art. 270 de la *Cout. d'Orléans*. — L'art. fin., t. VI de la *Cout. de Nivernais*, et Coquille, *ibid*. — Pothier, *op. laud.*, nos 23 et suiv.

On voit que la grande mesure révolutionnaire, qui déclara rachetables toutes les redevances foncières, pouvait s'autoriser de plus d'un précédent, emprunté au régime même qu'elle avait pour objet et qu'elle a eu pour résultat de faire cesser.

§ VI.

Du bail à locatairie perpétuelle (1).

Il ne saurait entrer dans le plan de ce travail de suivre, dans toutes leurs variétés, les institutions que nous venons d'examiner rapidement et qui reproduisent avec plus ou moins d'énergie, mais chacune d'une manière originale, le trait caractéristique de l'emphytéose romaine. Il faut savoir reconnaître l'identité des situations sous la différence des dénominations et résister à la tentation d'entrer dans des détails, qui ont pu avoir un grand intérêt pratique et présentent encore aujourd'hui un attrait de curiosité, mais qui n'ont aucune importance scientifique.

Ce serait s'écarter encore plus gravement de ce plan que de s'attacher à décrire certaines institutions, autrefois très-usitées, aujourd'hui plus ou

(1) Comp. Répert., *hoc verbo*, et Merlin, Quest., *hoc verbo*, §1. — Troplong, *Louage*, 1, p. 216 et suiv.

moins rares, et qui n'ont avec l'emphytéose que cette ressemblance extérieure, résultant du concours des droits respectifs d'un propriétaire et d'un fermier perpétuel. Quelque profonde que puisse être la modification introduite par la clause de perpétuité dans le régime du simple bail à ferme, elle ne saurait aboutir à un démembrement du droit de propriété, dont le bailleur reste intégralement investi (1).

Aussi, avant d'arriver à l'emphytéose proprement dite pour nous en occuper avec plus de détails que d'aucune des institutions analogues, ne nous reste-t-il qu'à faire une mention sommaire du bail à locatairie perpétuelle. Encore est-il nécessaire de rappeler que ce bail était envisagé par les parlements d'Aix et de Toulouse sous des aspects très-différents. En Provence on le considérait comme simple bail à rente foncière.

Mais dans le ressort du parlement de Toulouse, le bail à locatairie perpétuelle présentait un caractère vraiment original. De même que l'emphytéose

(1) Comp. sur la véritable nature du bail héréditaire d'Alsace et du bail à métairie perpétuelle du Limousin, les développements de M. Troplong, *Louage*, 1, n. 56, p. 221 et suiv.

Il importe de remarquer que la clause de perpétuité n'a pas dans ces baux la même portée que dans les baux à cens, à rente et à emphytéose perpétuelle. Comp. Troplong, *Louage*, I, n. 4, p. 72.

perpétuelle faisait fonction de bail à cens pour les propriétés allodiales, le bail à locatairie perpétuelle faisait fonction d'emphytéose pour les propriétés non allodiales. Il avait lieu lorsque celui qui n'avait que la propriété utile d'un fonds voulait retenir sur ce fonds quelque chose d'analogue à la directe, au lieu de s'exproprier absolument par le bail à rente foncière (1).

On ne saurait mieux faire, pour donner une idée de la nature et des effets de ce contrat, que de transcrire ici les deux passages suivants de Boutaric et de Fonmaur :

« Le bail à locatairie perpétuelle, dit Boutaric (2), diffère du contrat emphytéotique, en ce « que, pour donner un fonds à titre d'emphytéose, « il faut en avoir la pleine propriété, c'est-à-dire « le posséder allodialement et indépendamment de « toute seigneurie directe; au lieu que pour bailler

(1) C'est ce qui a été très-judicieusement remarqué par M. Troplong, *Louage*, I, p. 217 *in fine*.

M. Merlin, Quest., v° *Locatairie perpétuelle*, § 1, semble considérer la jurisprudence du parlement de Toulouse comme fondée sur une pure subtilité. Sa raison décisive de repousser cette jurisprudence est tirée moins de la jurisprudence différente du parlement d'Aix que des lois révolutionnaires.

On a peine à se rendre raison d'une semblable erreur de la part d'un jurisconsulte aussi versé dans le droit féodal, et surtout d'une telle conclusion de la part d'un si grand logicien.

(2) *Droits seigneuriaux*, ch. XIV.

« à titre de locatairie perpétuelle, il suffit d'avoir « la dominité utile. On ne regarde pas ce contrat « comme translatif de propriété.... ce n'est pro- « prement qu'un *cizaillement* de la dominité en « deux parties, dont l'une demeure à titre de pro- « priété à celui qui donne le fonds et l'autre passe « à titre d'usufruit sur la tête du locataire.»

Fonmaur (1), en prenant ailleurs son terme de comparaison, arrive au même résultat: « Le bail « à locatairie perpétuelle diffère, dit-il, à quel- « que égard du bail à rente, non qu'il y ait réser- « vation de directe dans l'un ni dans l'autre, mais « en ce que le bailleur se réserve la propriété et « la possession civile et qu'il ne baille que la pos- « session naturelle au preneur chargé du paye- « ment de la rente tant qu'il jouira. »

Il suit de là, que le preneur à locatairie perpétuelle, véritable détenteur à titre précaire, ne pouvait pas plus que le fermier ordinaire prescrire, contre le bailleur, la propriété du fonds (2).

(1) *Traité des lods et ventes*, nº 536.
(2) *Voy.* au Répertoire, vº *Locatairie perpétuelle*, quelques autres conséquences de ces idées.

§ VII.

De l'emphytéose proprement dite, de son usage et de sa durée.

1. — Les auteurs, qui se sont occupés de l'emphytéose sous le régime même ou au point de vue de l'ancien droit, ne se sont pas attachés à distinguer les différentes positions dans lesquelles un bail emphytéotique pouvait prendre naissance. La plupart ne prennent même pas en considération la différence, extérieurement si grande, qui existe entre l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire (1).

Cependant on a peine à concevoir comment des règles uniformes auraient dû être appliquées à des

(1) Le langage de M. Guyot (Répert., v° *Emphytéose*, § 1, n° 3 *in fine*) manque de précision : il est cependant vraisemblable qu'il ne fait aucune différence entre les deux sortes d'emphytéose sous le rapport de l'étendue des droits qu'elles confèrent au preneur. Argou ne paraît pas supposer davantage qu'il y ait lieu à une distinction, (liv. III, ch. XXVIII).

M. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 1, et M. Troplong, *Louage*, 1, n° 32, p. 173 et suiv., sont d'accord pour attribuer formellement les mêmes droits à l'emphytéote perpétuel et à l'emphytéote temporaire, quoiqu'ils soient divisés sur l'étendue de ces droits. Dumoulin paraît être le seul auteur qui ait cru qu'une emphytéose temporaire ne pouvait conférer des droits aussi étendus que ceux qui résultaient d'une emphytéose perpétuelle.

Sur la *Cout. de Paris*, § 78, gl. 1, n°s 14, 15.

situations véritablement distinctes. Il est permis de croire que, parmi les questions qui ont divisé les esprits, il en est plus d'une qui est née de cette confusion et qu'il aurait fallu résoudre par des distinctions.

2.—Nous avons déjà dit que l'emphytéose, en droit français comme en droit romain, pouvait être perpétuelle ou temporaire (1).

L'emphytéose perpétuelle ne pouvait avoir pour objet que des fonds allodiaux. Elle remplaçait pour les propriétaires et francs-alleux roturiers le bail à cens proprement dit ou le bail à rente seigneuriale, suivant les circonstances.

Lorsque le bailleur à emphytéose se faisait donner des *deniers d'entrée* (2) et que la redevance, par une conséquence nécessaire, se trouvait réduite à un taux très-modéré, la situation ressemblait fort à celle du bail à cens proprement dit, où le cens est purement recognitif de la directe seigneuriale (3). La convention faisait dans un cas ce

(1) Comp. ci-dessus, § 1.

(2) « ... Dans l'emphytéose, le preneur donne souvent des *de-* « *niers d'entrée*..., ce qui n'arrive que rarement dans les baux à « rente. » Argou, l. III, c. XXV, p. 260., onz. édit.

(3) De là vient que Doneau et son annotateur parlent de la redevance emphytéotique comme les commentateurs de nos coutumes parlent du cens.

que la coutume rendait obligatoire pour le propriétaire d'un fief.

Si le bailleur, au lieu de réaliser un capital, avait calculé la redevance emphytéotique proportionnellement aux fruits, il y avait entre le bail emphytéotique et le bail à rente foncière à peu près la même différence qu'entre ce dernier et le bail à rente seigneuriale (1).

La déclaration de Louis XV du 2 janvier 1769 prouve que ces rapports entre l'emphytéose et les deux institutions féodales du bail à cens et du bail à rente seigneuriale n'étaient pas purement théoriques, puisqu'un assez grand nombre de propriétaires d'alleux roturiers s'étaient servis de l'emphytéose pour se constituer une condition quasi-seigneuriale. La ressemblance était si grande, que l'autorité législative dut intervenir pour consa-

Comp. les passages cités par M. Troplong (*Louage*, 1, p. 185), qui ne nous paraît pas avoir aperçu la véritable raison de cette particularité.

(1) La réserve de la directe emphytéotique doit être formelle ou résulter d'indices certains : au contraire, la réserve de la directe seigneuriale se présumait dans le doute. Comp. Répert., vº *Cens*, § 5, et vº *Jeu de fief*, § 5, *in fine*.

Il n'y aurait pas de doute si l'on s'était servi des mots bail à rente foncière, parce que ce bail est de droit commun exclusif de l'idée que le domaine direct est retenu par le bailleur.

crer la distinction de l'emphytéose et du jeu de fief (1).

Dans ces deux cas, le bail emphytéotique suppose chez le bailleur l'intention d'aliéner définitivement les droits qu'il confère au preneur sur la chose. Mais il y avait d'autres combinaisons dans lesquelles l'emphytéose n'était qu'une disposition provisoire, quoiqu'elle conservât à plusieurs égards le caractère d'une véritable aliénation. On peut citer pour exemple la situation d'un propriétaire, qui se trouvait accidentellement hors d'état de faire certaines dépenses de restauration ou d'amélioration et qui préférait à l'expédient ruineux d'un emprunt celui d'une emphytéose temporaire : loin d'enlever à la famille une partie de son patrimoine, il lui procurait ainsi une amélioration perpétuelle du fonds, au moyen d'une aliénation temporaire de la jouissance. L'emphytéose temporaire pouvait encore fournir à un débiteur obéré un moyen de libération, analogue à l'antichrèse.

Cette emphytéose différait de l'emphytéose per-

(1) M. Merlin, Quest., v° *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, cite textuellement la déclaration de 1769 et quelques documents antérieurs de même nature, *loc. laud.*, § XIV, t. 7, p. 70, 4e édit.

pétuelle en ce qu'elle pouvait incontestablement s'appliquer à un fonds non allodial (1).

3. — Cet aperçu sur les diverses applications du bail emphytéotique nous fournira la solution d'une contradiction qu'on remarque entre deux auteurs graves sur un point très-essentiel.

M. Guyot affirme que l'emphytéose est censée faite à perpétuité, si, par une clause expresse, un terme n'a été fixé à sa durée (2). Au contraire, Brodeau (3) dit expressément que, si le titre n'a pas déterminé la durée du bail emphytéotique, elle se réduit de plein droit à quatre-vingt-dix-neuf ans.

Il est absolument impossible de supposer que l'une ou l'autre de ces affirmations contradictoires ait été le résultat d'une inadvertance; mais on peut croire que chacun des deux auteurs n'avait envisagé qu'une des applications dont le bail em-

(1) Ce point est mis hors de toute contestation par la controverse rapportée par Brodeau, sur l'art. 78 de la *Cout. de Paris*, nº 31. Il s'agissait de savoir si le bail emphytéotique pouvait donner lieu à la perception des lods et ventes : ce qui implique que le fonds baillé en emphytéose était une censive.

Il fut décidé que les lods et ventes n'étaient pas dus, lorsqu'il n'y avait pas d'argent déboursé. Comp. Argou, l. II, c. IV, t. 1, page 165.

(2) Répert., vº *Emphytéose*, § 1, nº 1, *in fine*.

(3) Sur l'art. 149 de la *Coutume de Paris*.

phytéotique est susceptible, et avait eu le tort de généraliser une solution, d'ailleurs parfaitement exacte dans certaines situations, et peut-être aussi dans certaines contrées.

Ainsi dans les pays de droit écrit, où s'étaient conservées les traditions romaines et où dominait le principe de l'allodialité, la présomption devait être pour la perpétuité de l'emphytéose.

Mais dans les pays soumis à la maxime « nulle terre sans seigneur » et, sans distinction de contrées, toutes les fois que les parties avaient su qu'elles appliquaient à une censive le bail emphytéotique, on devait présumer qu'elles avaient entendu constituer seulement une emphytéose temporaire, puisqu'il ne leur eût pas été permis de constituer une emphytéose perpétuelle. Il faut restreindre à ces cas la décision de Brodeau, qu'à défaut de stipulation d'un terme précis, la durée d'un bail emphytéotique est de quatre-vingt-dix-neuf ans (1).

(1) Un bail pouvait très-bien avoir le caractère emphytéotique, quoique sa durée fût de beaucoup inférieure à celle de quatre-vingt-dix-neuf ans. Mais la durée du bail ne saurait être une raison de le considérer comme emphytéotique.

Comp. Répert., v° *Emphytéose*, § 1, n° 3, et v° *Bail*, § 4, n° 2.

§ VIII.

Des droits de l'Emphytéote.

1. — « Le bail emphytéotique (1) ou l'emphy-« téose, à le prendre dans son véritable sens, est « un contrat par lequel le propriétaire d'un héri-« tage ou d'une maison *en cède à un autre la pro-« priété utile*, à la charge que l'emphytéote y fera « des améliorations et payera outre cela une rede-« vance annuelle au bailleur, en reconnaissance « de la seigneurie directe (2) qu'il s'est réservée. « Cette rente ou redevance est appelée pension ou « canon emphytéotique.

« Ce contrat est susceptible de toutes les con-« ventions que les parties y veulent insérer ; mais « il y a trois clauses que les lois y suppléent, quand « les parties n'ont point fait de conventions con-« traires. »

Ces trois effets, que le contrat emphytéotique produit de plein droit, sont les suivants : 1° l'emphytéote ne peut demander aucune réduction du canon pour cause d'accident, quand même la va-

(1) Argou, *Institution au droit français*, l. III, c. XXVIII.

(2) Il est clair que cette expression n'est point employée par l'auteur dans une acception féodale.

En général, nos anciens auteurs préfèrent les expressions domaine direct, seigneurie directe, à celle-ci, propriété directe.

leur du fonds se trouverait diminuée d'une manière notable et à perpétuité; 2° il est déchu de son droit et perd toutes les améliorations qu'il a pu faire sur le fonds, s'il laisse passer trois ans sans payer le canon; 3° en cas d'aliénation de son droit, il est tenu d'offrir au seigneur direct la préférence, à la charge par ce dernier d'accepter les conditions de l'aliénation proposée.

En développant les différentes parties de la théorie de l'emphytéose, nous aurons l'occasion de vérifier chacune de ces assertions d'Argou. Il convient de commencer par celle qui attribue au preneur la *propriété utile* du fonds emphytéotique.

Nous nous placerons successivement dans l'hypothèse d'une emphytéose perpétuelle et dans celle d'une emphytéose temporaire.

2. — Une observation de M. Duvergier (1) pourrait faire penser que la question est mal posée dans ces termes généraux : l'emphytéote est-il ou n'est-il pas investi du domaine utile du fonds emphytéotique ? « C'est après que ces droits ont été *spé-« cialement* déterminés, qu'on a cru pouvoir les « présenter comme étant renfermés *à priori*,

(1) M. Duvergier, *du Louage*, n° 145, *in fine*, tome I, p. 137, 138.

« savoir: ceux du propriétaire dans le droit dési-
« gné sous le nom de domaine direct; ceux de
« l'emphytéote dans le droit qualifié domaine
« utile. »

Cette observation s'appliquerait plus justement à l'expression « quasi-domaine, » par laquelle M. Troplong (1), d'après Cujas, qualifie l'ensemble des droits de l'emphytéote. Comme elle se réfère à un droit moins étendu que la propriété, elle implique la nécessité de déterminer précisément en quoi consiste la différence.

Mais il ne nous semble pas qu'il en soit de même en ce qui concerne le « domaine utile ». La question de savoir si l'emphytéote en est investi équivaut à celle de savoir si l'emphytéote doit être restreint rigoureusement aux prérogatives, qui sont nécessairement impliquées dans le droit de jouir du fonds.

3. — On ne saurait méconnaître que tous nos anciens auteurs, qui ont traité de l'emphytéose au point de vue du droit français, ont été unanimes pour attribuer le domaine utile à l'emphytéote perpétuel (2). Comment ne l'auraient-ils pas fait,

(1) M. Troplong, *Louage*, t. I, p. 182, n° 32 *in fine*.

(2) Cela est vrai, même de ceux qui soutinrent, à l'encontre du préjugé commun, que la distinction du domaine utile et

puisque l'emphytéose perpétuelle équivalait au bail à cens ou au bail à rente seigneuriale (1).

On objecte que la propriété utile n'est pas autre chose, à proprement parler, que la pleine propriété elle-même, et que le domaine direct n'est plus qu'un *domaine de supériorité*, un droit particulier d'exiger certains devoirs recognitifs. Or, continue-t-on, l'emphytéote n'a pas le droit d'user et d'abuser, ni quelques autres prérogatives, caractéristiques de la pleine propriété (2).

Mais la réponse est bien facile. De l'aveu même de M. Troplong, le bail à cens transmet au preneur le *véritable* domaine utile (3): cependant il est constant que ce dernier n'a pas le droit d'abuser, (4) tel qu'il appartiendrait incontestablement au propriétaire d'un alleu. C'est également un

du domaine direct n'avait aucun fondement dans le droit romain. Dumoulin, sur la *Coutume de Paris*, § 78, gl. IV, n° 5. — Furgole, *du Franc-alleu*, c. V, sect. 3.—Comp. le passage de M. H. de Pansey, rapporté par M. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 1.

(1) Comp. le paragraphe précédent. — Nous prenons ici l'expression « domaine utile » dans son acception consacrée, et nullement dans celle que lui donne Hervé, et que M. Troplong déclare lui-même *restreinte et impropre*. — M. Troplong, *Louage*, t. I, p. 179, 180. — Pothier, *Propriété*, n° 3.

(2) Comp. la dissertation de M. Troplong, *op. laud.*, p. 178-182.

(3) *Loco laudato*, p. 182... « Nous ne saurions attribuer à l'em« phytéote les droits de propriété dont le bail à cens investissait « *le vassal.* »

(4) Loisel, l. IV, t. II, règle 5, et la note de de Laurière.

point de doctrine incontestable, que le bail à rente foncière transmettait au preneur la *pleine propriété* : cependant le preneur ne pouvait abuser de la chose, au point de compromettre les droits du bailleur (1). C'est qu'il n'y a pas, à proprement parler, restriction du droit de propriété; mais simplement une obligation pour le propriétaire de respecter les garanties d'un droit, qu'il ne peut méconnaître.

4. — Il suit de là que l'emphytéote aura plus ou moins de latitude dans l'exercice de son droit de propriété utile, suivant que son bail se rapprochera davantage du bail à rente foncière ou du bail à cens proprement dit. Si l'on connaissait bien les espèces des arrêts, cités par M. Duvergier (2) et dont les décisions semblent difficiles à concilier entre elles ou avec les idées généralement reçues, on trouverait probablement dans cette circonstance la solution de leurs contradictions apparentes. C'est encore d'après cette considération qu'on pourra résoudre les questions, si controversées, de savoir si l'emphytéote a la faculté de démolir les maisons, d'abattre les bois de haute futaie, etc. (3).

(1) Comp. ci-dess., § 5, n° 2.
(2) M. Duvergier, *op. laud.*, p. 164.
(3) M. Duvergier, *ibid.*

Mais il n'est pas aussi aisé de décider à qui devait appartenir le trésor, trouvé dans le fonds emphytéotique? A cet égard, notre ancien droit reposait sur des idées bien différentes de celles que nous présente le dernier état du droit romain. Les « fortunes », comme on appelait autrefois ces produits accidentels et inespérés d'un fonds, semblaient moins des accessoires de ce fonds que des biens vacants, dont l'acquisition devait être régie par le principe de l'occupation, ou bien rentrait dans les prérogatives de la souveraineté (1). Il paraît que le droit commun consistait à partager tout autre trésor que la fortune ou treuve d'or (2) « entre le seigneur justicier, le seigneur tréfoncier et « l'inventeur : » il y avait alors autant de portions égales que de partageants (3).

Cette expression de Loisel « seigneur tréfoncier » est équivoque (4): il est douteux qu'elle puisse s'appliquer au censitaire, quoiqu'il eût certainement la propriété utile dans toute son étendue.

(1) Coquille, sur l'art. 2, t. I, de la *Cout. de Nivernais*.

(2) Ces expressions sont de Loisel, l. II, t. II, règle 52. — Comp. la note de de Laurière.

D'après la jurisprudence rapportée par Bacquet, *des Droits de justice*, c. XXXII, il semble que le roi aurait perdu ce privilége.

(3) Loisel, *eod. lib.*, *eod. tit.*, règles 52, 53, 54.

(4) L'expression *tréfonds* était quelquefois employée par opposition avec la *superficie*. — Comp. Merlin.

Le seigneur direct, auquel Dumoulin réserve exclusivement le titre de propriétaire foncier (1), propriétaire « très-foncier » (2), pouvait soutenir qu'il avait entendu seulement transférer au preneur le fonds même, avec tous les avantages qu'il comporte d'après la nature des choses; mais que les profits exceptionnels, accidentels, de la nature de celui dont il s'agit, dépendent plutôt du *domaine de supériorité* ou domaine direct, que du domaine utile. En tous cas, il est certain que l'emphytéote ne pouvait pas être plus favorisé que le censitaire.

Mais on peut affirmer avec Coquille (3) que « les minières d'argent, de fer, de cuivre, d'é-« tain et autres matières ne sont pas de la condi-« tion du trésor. Car le trésor est mis en son lieu « par main d'homme : les minières sont portion « de la terre naturellement, et sont produites par « la terre, partant la propriété d'icelles appartient « au propriétaire de la terre. »

5. — Nous ne saurions adopter l'opinion professée par M. Merlin (4), que l'emphytéose tempo-

(1) Dumoulin, sur la *Cout. de Paris,* § 74, gl. II, n° 10.
(2) Dumoulin, *eod. op.*, § 78, gl. IV, n° 4.
(3) Coquille, sur l'art. 2, tit. I, *Cout. de Nivernais.*
(4) Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n. 1-2°. Aux autorités citées

raire, comme l'emphytéose perpétuelle, transportait au preneur la *propriété* utile du fonds. L'opinion contraire de Dumoulin (1) nous semble préférable : c'est, comme dit M. Duvergier, « celle « qui s'harmonise le mieux avec... les idées que « nous avons du droit de propriété » (2). Autant il est naturel de rapprocher le plus possible de la pleine propriété le droit de l'emphytéote perpétuel, autant il répugne d'admettre que l'emphytéote temporaire aurait acquis par son bail le droit de jouir du fonds, de manière à en altérer la valeur. Dans le premier cas, le bailleur ne doit plus conserver de son ancien domaine que le *domaine de supériorité* et les garanties qui s'y rattachent. Dans

dans cet article on peut ajouter celle de Brodeau, sur l'art. 78 de la *Coutume de Paris*, n. 31.

(1) Sur la *Coutume de Paris*, § 78, gl. IV, n. 15.

(2) Mais nous n'ajouterons pas, avec le même auteur, que cette opinion est celle qui s'harmonise le mieux avec les textes du droit romain. Comp. M. Duvergier, *du Louage*, t. I, p. 137, 138.

Nous croyons, au contraire, avec M. Troplong, *Louage*, I, p. 175, 176, que la solution de Dumoulin, considérée comme conciliation de certains textes de droit romain, est dépourvue de toute valeur historique.

Mais comme elle nous paraît seule rationnelle, nous n'hésitons pas à l'appliquer au droit français. Parce que ce droit attribue à l'emphytéote perpétuel une propriété, que le droit romain ne lui reconnaissait pas ; il n'y a pas lieu de faire violence à la nature des choses, pour donner les mêmes prérogatives à l'emphytéote temporaire.

le second cas, le bailleur ne s'est dessaisi de son fonds que pour en reprendre la pleine propriété à l'expiration du terme de la jouissance de l'emphytéote : il ne doit pas le retrouver détérioré par le fait de ce dernier.

L'expression « quasi-domaine », empruntée par M. Troplong (1) à Cujas, nous semble donc caractériser parfaitement le droit de l'emphytéote temporaire. Sa condition ressemblera beaucoup à celle de l'usufruitier : cependant il aura plus de latitude dans l'exercice des mêmes droits. On devra consulter plutôt la convenance de l'emphytéote que celle du propriétaire, lorsqu'il s'agira de dénaturer la superficie.

L'emphytéote temporaire n'aura certainement aucun droit au trésor. Quant aux mines, minières et carrières, qui n'auraient pas été connues au moment de la concession, il y a plus de difficulté que M. Troplong ne paraît le penser (2). Le droit romain, dont le Code civil n'a pas suivi la disposition, n'interdisait pas absolument à l'usufruitier le droit d'ouvrir une carrière, mais il paraît avoir restreint ses droits dans les limites d'un usage ex-

(1) Troplong, *du Louage*, I, p. 182.
(2) *Ibid.*, p. 189. — Dans le passage cité par M. Troplong, Dumoulin examine une question très-différente de celle-ci.

clusivement personnel (1). Cette distinction était admise par notre ancienne jurisprudence (2) : elle convient parfaitement à la position de l'emphytéote temporaire.

6. — Il n'y a aucune différence à faire entre l'emphytéote temporaire et l'emphytéote perpétuel, en ce qui concerne la faculté d'hypothéquer (3).

Ils pouvaient l'un et l'autre constituer des servitudes, pourvu que les actes, qu'ils autoriseraient ainsi à titre de servitude, fussent de nature à pouvoir être exercés par eux-mêmes. Il y a, en effet, des servitudes qui emportent une détérioration matérielle du fonds.

Il est évident que les servitudes, constituées par un emphytéote temporaire, ne survivraient pas au terme de l'emphytéose. En cas de commises, celles mêmes, qui auraient été établies par un emphytéote perpétuel, seraient éteintes de plein droit (4).

Enfin les actions possessoires étaient ouvertes à

(1) Comp., fr. 9, § 2, 3. D. *de Usufructu*, l. VII, t. I; fr. 13, § 5, *ibid.*

(2) Comp. Répert., v° *Usufruit*, § 4, n. 3. — Comp. cependant Argou, l. II, c. VII.

(3) Comp. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n. 1.

(4) Comp. Troplong, *op. laud.*, I, p. 197.

l'un et à l'autre emphytéote. C'est ce que Masuer (1) décide expressément pour tous les cas de bail excédant dix années. On peut appliquer, à plus forte raison, à l'emphytéote temporaire ce que Bourjon (2) dit de l'usufruitier, qui « a la voie de la « complainte ouverte, parce que son droit est un « droit réel qui lui ouvre toutes les actions né- « cessaires pour le maintenir dans sa jouissance. « Il doit donc avoir ce droit et cette action de même « que le propriétaire, comme suite de sa qualité « et de son droit. »

§ IX.

Des obligations de l'emphytéote.

En regard des prérogatives de l'emphytéote, il faut maintenant placer le tableau des charges qui pesaient sur lui.

1. — Il était tenu de payer au bailleur une redevance annuelle.

Ce canon emphytéotique était dû à forfait. La quotité en était irrévocablement fixée par le titre originaire, en ce sens du moins qu'aucun accident, si considérable qu'il fût, ne pouvait autoriser soit une remise temporaire, soit une modification du

(1) Le passage est rapporté par M. Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, ch. XI.

(2) *Droit commun*, tom. II, chap. *De la Complainte*, sect. 3.

taux convenu (1). Mais la prescription pouvait être invoquée par l'emphytéote, aussi bien que par le censitaire, pour rendre définitive une diminution, contre laquelle le bailleur n'aurait pas réclamé en temps utile (2).

Quelques auteurs graves, sans méconnaître le principe, essayaient de le faire fléchir lorsque la redevance emphytéotique, au lieu d'être purement recognitive, avait été réglée « pro modo fructuum percipiendorum » (3). Mais nous ne saurions admettre, avec eux, que cette circonstance rapproche le contrat emphytéotique de la location, ni décider autrement dans ce cas que dans celui de rente foncière, où la redevance emporte aussi la plus

(1) Argou, l. III, c. XXVIII, n. 1. — Comp. M. Duvergier, *Louage*, I, n. 165.

(2) Ce résultat ne se serait pas plus présenté en matière de bail à cens que dans le cas de bail emphytéotique, si le payement de la redevance avait été simplement considéré comme l'exécution d'une obligation. Mais le droit au cens ou au canon emphytéotique était considéré et traité comme une véritable propriété.

(3) Comp. sur cette controverse, MM. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 165, et Troplong, *op. laud.*, I, n. 42, 43. Ils citent toutes les autorités.

Dumoulin, dans son commentaire sur le titre du code *de Jure emphyteutico*, adopte cette distinction, quoiqu'il pousse la rigueur contre l'emphytéote, soumis à une légère redevance, jusqu'à décider qu'il n'est pas libéré par la perte partielle du fonds, quand même les fruits de la partie conservée ne suffiraient pas pour acquitter la redevance. — Tom. III *des OEuv. compl.*, p. 688, col. 1, p. 689, col. 1.

grande partie du revenu de l'héritage. Au surplus, nous avons essayé de prouver, contre l'avis de Papinien, que les remises temporaires, motivées sur des accidents passagers, ne devaient pas avoir lieu en matière de location perpétuelle (1).

Par une compensation équitable, on ne soumettait pas l'emphytéote à une augmentation du canon, à raison des *accessions* qui pouvaient survenir au fonds.

Enfin la faculté de *déguerpissement* restait, comme dernière ressource, à l'emphytéote qui ne trouvait pas dans la jouissance du fonds l'équivalent des charges qu'il avait à supporter (2).

2. — Les explications, que nous avons données sur les différents usages du bail emphytéotique, nous dispensent d'entrer dans des développements pour rendre raison d'un phénomène, qui ne nous paraît pas avoir été bien compris par M. Troplong (3): nous voulons parler de la modicité ordinaire du canon emphytéotique, comparé au revenu net du fonds. Les « deniers d'entrée » fournissent la solution de cette difficulté, lorsque

(1) Ci-dessus, 2e part., § 15.

(2) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 10, n. 7 et 8, à la note.

(3) *Op. laud.*, I, n. 34, p. 184 et suiv.

le contrat emphytéotique n'était, en réalité, qu'une sorte de vente. Dans les autres cas, la clause d'amélioration ou l'amortissement de la dette, si telle a été la cause déterminante du bail, pouvaient produire le même résultat. Au surplus, il est conforme à la nature des choses que le canon emphytéotique soit toujours inférieur au loyer, puisque l'emphytéote n'a pas droit aux remises que le fermier peut obtenir, et qu'il est soumis à des charges inconnues à ce dernier.

Il ne reste plus à faire remarquer sur ce point que la nature immobilière, attribuée par notre ancien droit au canon emphytéotique comme à toutes les redevances foncières : elles représentaient une portion du fonds et on les appelait même de ce nom (1). De là vient qu'elles étaient toutes susceptibles d'hypothèques (2).

3. — On ne peut pas dire précisément que l'emphytéote est obligé d'entretenir la chose, puisqu'il a la faculté de changer la superficie et la destination du fonds ; mais il n'a cette faculté qu'à la condition de l'exercer sans détériorer le fonds,

(1) Art. 74 de la *Coutume de Paris*......... « L'héritage à lui « redevable d'aucun cens ou fonds de terre. »

Comp. le commentaire de Dumoulin sur ces mots.

(2) Comp. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n. 4, et § 7, n. 1.

et dès lors, on peut dire qu'il ne saurait laisser dépérir les édifices, faute de réparations, ni le fonds se détériorer, faute de culture. Ajoutons qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les grosses et les menues réparations, comme dans le cas d'usufruit. Elles sont toutes indistinctement à la charge de l'emphytéote (1).

Toutefois, il convient d'admettre un tempérament à la rigueur de cette règle. L'emphytéote ne saurait être obligé d'entretenir les édifices qu'on n'aurait pu le contraindre à bâtir (2). Mais, si ces constructions étaient venues à la suite de changements et servaient de compensation aux destructions qui avaient précédé, l'emphytéote devrait les entretenir comme si elles avaient toujours existé, parce qu'il est tenu de conserver au fonds la même valeur.

Il est à peine nécessaire de remarquer que, si quelque édifice baillé à titre emphytéotique venait à s'écrouler, l'emphytéote ne serait pas tenu de le reconstruire. Cependant un auteur grave (3) a

(1) Comp. M. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 172, et M. Troplong, *op. laud.*, I, n. 39.

(2) Comp. M. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 173, et M. Troplong, *op. laud.*, I, n. 48. — Dumoulin, *op laud.*, § LXXIV, gl. II, n. 5.

(3) M. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VI, n. 382, 2e édit. Dans

soutenu le contraire sur la foi de ce préjugé, que l'emphytéote serait de plein droit soumis à je ne sais quelle obligation d'améliorer le fonds. Il est évident que les auteurs, qui ont fait entrer cette idée dans la définition de l'emphytéose, ont confondu les circonstances, qui détermineront le plus souvent un bail emphytéotique, avec les caractères essentiels de ce contrat. Il arrivera, la plupart du temps, que les baux emphytéotiques temporaires contiendront la charge expresse de quelque amélioration désignée. Mais, en l'absence de toute clause de cette nature, le preneur satisfera à toutes ses obligations en entretenant la chose dans un état conforme à sa destination (1).

4. — C'est à cet ordre d'idées que se rattache une des plus graves difficultés de la matière.

L'emphytéote temporaire, qui a fait des cons-

la 1re édit., c'était le n. 3733 de l'ouvrage.— *Contrà*, Loyseau, *Déguerpissement*, l. v, c. vi.

(1) « Bien que du commencement l'emphytéose ait été introduite pour amender les héritages stériles, comme encore aujourd'hui elle s'y pratique plus volontiers qu'aux autres, si est-ce que depuis que Zénon en eut fait un contrat ordinaire, elle se pratiqua aussi bien aux héritages fertiles qu'aux infertiles, comme Dumoulin l'a fort bien remarqué sur le titre second de la *Coutume;* et conséquemment, il faut croire que le preneur à emphytéose n'est point chargé d'améliorer les héritages, s'il ne s'y est soumis expressément par le contrat. » Loyseau, *Déguerpissement*, l. iv, c. v, n. 5.

tructions ou des améliorations dispendieuses sur le fonds, sans y être obligé par son titre, est-il tenu de les abandonner au propriétaire sans indemnité à l'expiration du bail (1)?

Des auteurs de la plus grande autorité pensaient que ces améliorations appartenaient à l'emphytéote et, conséquemment, qu'il avait le droit de les enlever ou que le propriétaire devait lui en payer la plus-value.

Mais il ne paraît pas que la coutume (2) fût conforme à l'opinion de ces graves auteurs; et, en particulier, la jurisprudence du parlement de Paris était formellement contraire à ce sentiment.

Cette jurisprudence, qu'Argou trouve *très-rude* (3), nous semble parfaitement juste. La position de l'emphytéote ne doit pas être comparée à celle d'un possesseur, qui a pu se flatter de construire ou d'améliorer pour soi, sur un fonds qu'il pensait devoir conserver. D'une part, il a su qu'il faisait ses travaux sur un fonds qui devait

(1) Comp. sur cette controverse, MM. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 174, et Troplong, *op. laud.*, I, n. 48, qui rapportent toutes les autorités de part et d'autre.

(2) Comp. Coquille, sur l'art. 15, tit. VI, *Cout. de Nivern.*— Il ne fait profiter de la plus-value que les créanciers du tenancier, en cas d'insolvabilité de ce dernier.

(3) Argou, liv. III, c. XXVIII, p. 304, t. II, onz. édit.

sortir de ses mains à terme fixe. D'autre part, il n'a fait, en améliorant, que se conformer à la condition sous laquelle il lui était permis de changer la superficie. A la rigueur, il aurait suffi que ces changements n'emportassent aucune détérioration. Mais si les travaux qu'il a jugé convenable de faire pour rendre sa jouissance plus avantageuse ont procuré au fonds une augmentation de valeur, ce n'est pas une raison pour lui permettre de rançonner le propriétaire, lors même que la clause d'amélioration n'a pas été formellement insérée au bail et que, par conséquent, le bailleur n'a droit de rien exiger. L'espoir que le fonds reviendrait à la famille en meilleur état a pu exercer une grande influence sur la détermination de ce dernier.

Ceux qui ne partageraient pas cette manière de voir auraient à prendre parti sur une question qui a divisé Dumoulin et Loyseau (1) : l'emphytéote serait-il tenu de prouver que les édifices, existant sur le fonds, ont été construits par lui? la présomption, au contraire, lui serait-elle favorable, sauf la preuve que pourrait faire le bailleur à l'encontre? Il nous semble qu'en se prononçant dans

(1) Comp. sur cette question, M. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 180 *in fine*.

ce dernier sens, Dumoulin a été emporté trop loin par son zèle pour la cause de l'emphytéote (1).

5. — La concession d'un fonds, à titre emphytéotique, impliquait de plein droit l'obligation, pour le preneur, de supporter toutes les charges réelles et foncières dont ce fonds pouvait être grevé, impôt, champart, rente foncière, etc. (2).

§ X.

Des causes d'extinction du droit emphytéotique.

Cette matière est très-compliquée. Il faut distinguer les causes naturelles d'extinction et les causes de déchéance.

1. — Les causes naturelles de l'extinction du bail emphytéotique sont à peu près les mêmes en droit français qu'en droit romain (3).

En première ligne, nous placerons la cause d'extinction résultant de la perte de la chose. Dans l'application de cette règle, il pourra se pré-

(1) Dumoulin, sur *la Coutume de Paris*, § 74, gl. II, n. 5.

Au surplus, il importe de remarquer que Dumoulin suppose un bail à cens. Il a pu se préoccuper de cette considération, que dans la plupart des cas il n'y a pas de titre originaire ou qu'il ne pourrait pas être reproduit.

Ajoutons enfin que Dumoulin a mis en avant cette assertion dans la discussion d'une question un peu différente de celle-ci.

(2) Comp. M. Troplong, *op. laud.*, I, n. 39.—Répert., v° *Emphytéose*, § 1, n. 6, *in fine*.

(3) Comp. ci-dessus, 2e part., § 22.

senter quelquefois des difficultés. Si le bail emphytéotique s'appliquait à un terrain, sur lequel s'élevaient des constructions, et si ces dernières périssaient, il y aurait lieu de rechercher si c'était l'édifice même ou le sol chargé de constructions qui avait été baillé à titre d'emphytéose. On comprend aisément que le droit de l'emphytéote serait éteint dans le premier cas et qu'il subsisterait dans le second (1).

Viennent ensuite :

L'échéance du terme, fixé par le titre ;

La confusion, résultant de la transmission, par voie de succession ou de convention, du droit de l'emphytéote au bailleur, ou réciproquement ;

La mort de l'emphytéote, sans qu'il laisse de successeurs ;

La prescription de trente ans au profit du propriétaire rentré en possession de son fonds ;

La prescription de la propriété du fonds par une personne qui l'a possédé en pleine franchise.

Tous ces points sont communs au droit français et au droit romain. Mais le premier admettait une

(1) Comp. MM. Duvergier, *op. laud.*, I, n. 178; et Troplong, *op. laud.*, I, n. 33, *in fine*, et n. 36.

M. Duvergier rapporte, *ibid.*, p. 164, un passage de Boutaric, où se trouve nettement exposée, mais dans un autre ordre d'idées, la distinction que nous avons cru devoir établir.

dernière cause d'extinction qui n'était pas connue du second (1) : c'était celle qui résultait du délaissement du fonds par l'emphytéote. Cette innovation, que les interprètes du droit romain ne laissèrent pas introduire sans protester (2), se rattache à la distinction du domaine direct et du domaine utile et à cette idée, que le droit à la redevance foncière était plutôt la conséquence d'un droit de propriété que le résultat d'une obligation.

D'après cela, on peut aisément s'expliquer la distinction, faite par de bons esprits entre l'emphytéote perpétuel et l'emphytéote temporaire, relativement à cette faculté, qu'ils reconnaissaient bien au premier, mais qu'ils refusaient au second (3).

(1) Comp. ci-dessus, 2e part., § 22, n. 3.

(2) C'est ce que nous apprend Loyseau, dans le passage même où il essaye de justifier par des raisons juridiques la faculté du déguerpissement : « Dans le fait, Barthole, qui est un des prin- « cipaux auteurs de l'opinion contraire, confesse bien et tient « pour résolu que, quand la dette est réelle, le détenteur de la « chose, quel qu'il soit, s'en peut exempter par le déguerpisse- « ment, et non quand la dette est personnelle. Mais ce qui le « trompe est qu'il suppose que le preneur à rente est obligé, « *purâ personali obligatione ad solutionem reditûs*, à cause « du contrat qu'il en a passé. » *Du Déguerpissement,* l. IV, c. IX, n. 17.

(3) Il serait assez difficile d'imaginer une espèce où le bail emphytéotique temporaire n'impliquerait pas de véritables obligations personnelles de la part du preneur. Si l'on suppose que

D'ailleurs, en droit français comme en droit romain, la consolidation ne pouvait s'opérer au profit de l'emphytéote par suite de l'inaction du propriétaire, quelque long que fût l'intervalle pendant lequel le canon aurait cessé d'être exigé (1).

2. — La première cause de déchéance, dont le droit romain menaçait l'emphytéote, était certainement admise par le droit français, quoiqu'on ne la trouve guère mentionnée par les auteurs (2). On conçoit aisément que les tribunaux avaient un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circonstances et décider que l'emphytéote serait tenu de réparer les dégradations, au lieu de prononcer contre lui la déchéance.

3. — Il n'est pas possible de signaler la même ressemblance entre les deux législations, en ce qui concerne la seconde cause de déchéance, la commise faute de payement.

le bail a été fait pour libérer le bailleur d'une dette envers le preneur, il est évident que le délaissement ne pourrait avoir pour résultat de le faire revivre. Il serait encore moins admissible que le preneur pût se dispenser ainsi de l'obligation de faire les améliorations promises, en vue desquelles le bailleur aurait renoncé pour longtemps à la jouissance de la chose et se serait contenté d'une redevance, plutôt recognitive qu'utile.

(1) Argou, *op. laud.*, l. III, c. XXVIII, tom. II, p. 305.

(2) Comp. MM. Duvergier, *op. laud.* I, n° 172, et Troplong, *op. laud.*, I, n° 47.

On a déjà pu apprécier toute l'importance de cette partie de la théorie de l'emphytéose : on se souvient que Dumoulin trouvait dans ce caractère du bail emphytéotique la différence spécifique, qui le distinguait essentiellement à ses yeux du bail à cens et du bail à rente foncière (1).

Il est vrai que d'autres auteurs (2) réduisent à bien peu de chose ce caractère essentiel de l'emphytéose, puisque, suivant eux, la C. 2. C. J. *de jure emphyteutico* serait à peu près complétement tombée en désuétude et aurait été remplacée par la jurisprudence plus ou moins divergente des parlements.

Il semble même qu'il ne faut pas s'attendre à de simples modifications de la théorie romaine, si l'on doit en juger par le passage suivant de Catellan (3). « Quand même il aurait été convenu, « par un acte postérieur au bail, qu'il serait « permis au seigneur de se mettre en possession, « faute de payement de la rente dans un certain

(1) Comp. ci-dessus, 4e part., § 1er.

(2) Par exemple M. H. de Pansey, dans l'article *commise emphytéotique* du Répertoire de jurisprudence.

Comp. M. Duvergier. *op. laud.*, I, no 166. — M. Troplong, *op. laud.*, I, no 46, n'explique pas précisément en quoi consistait la jurisprudence par laquelle « les dispositions de la loi romaine « avaient été profondément modifiées et tempérées. »

(3) Rapporté par M. H. de Pansey, *loc. laud.*

« temps, et que le seigneur le ferait en vertu « d'une sentence du juge, l'emphytéote pourrait « demander, dans les trente ans, le délaissement « du fonds, en payant *la censive.* »

Mais les termes de ce passage et la circonstance connue, que dans les pays de droit écrit on confondait assez habituellement l'emphytéose et la censive (1), permettent de croire qu'il peut y avoir quelque équivoque dans les renseignements du savant auteur de l'article *Commise emphytéotique* du Répertoire de jurisprudence.

4. — Il est d'abord certain que le droit français n'avait pas admis dans toute sa rigueur la disposition de la constitution de Justinien. On se souvient que la déchéance était encourue de plein droit, indépendamment de toute démarche du propriétaire, soit pour mettre l'emphytéote en demeure, soit pour se mettre en possession du fonds (2).

Le droit canonique n'avait pas été si sévère. Il avait conservé la règle du droit romain, que l'emphytéote était en demeure par la seule échéance

(1) « Il faut observer que, dans la plupart des pays de droit « écrit, on confond la véritable emphytéose avec les censives : « les censitaires y sont appelés emphytéotes. »
Argou, *op. laud.*, l. III, c. XXVIII, *in fine*.
(2) Comp. ci-dessus, 2e part., § 20.

du terme, et, conséquemment, il autorisait l'expulsion, quoique aucune sommation de payer n'eût été faite. Mais il accordait à l'emphytéote la faculté de purger sa demeure, en payant l'arriéré dans un court délai (1).

Ces décisions du droit canonique ont été adoptées par la jurisprudence civile : celle-ci alla même beaucoup plus loin. Si l'on excepte la *Coutume de Nivernais*, qui paraît avoir calqué ses dispositions en matière de bordelage sur les décisions susénoncées du droit canonique (2), on décidait uniformément que la déchéance de l'emphytéote, pour défaut de payement, ne pouvait résulter que de la sentence du juge et que ce dernier était investi d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder au débiteur arriéré un délai de grâce, à l'expiration duquel seulement l'expulsion serait consommée (3).

Cette jurisprudence n'était même pas modifiée par la clause expresse, insérée par les parties dans

(1) M. Troplong, *op. laud.*, I, n° 46, cite le texte suivant :
« Emphyteuta quoque, cessando in solutione canonis per biennium,
« nisi celeri satisfactione post modum sibi consulere studuisset,
« juste potuisset expelli, non obstante quod ei, ut canonem
« solveret, non exstitit nuntiatum; cum in hac causâ dies statuta
« interpellet. »
Decret., *loc. cond.*, c. IV.

(2) *Cout. de Nivern.*, t. VI, art. 5, 6, 7, 8, et Coquille, *ibid.*

(3) Domat, *Lois civiles*, l. I, t. IV, section 10, n° 10.

la convention et portant que le défaut de payement au terme fixé entraînerait la déchéance « de « plein droit et sans forme de procès. » Il y avait toujours nécessité de recourir à la justice, parce que les « voies de fait » étaient défendues en France et qu'il fallait faire constater judiciairement que le cas de la déchéance était réalisé (1). Mais les tribunaux ne pouvaient se résoudre à abdiquer leur pouvoir discrétionnaire même en présence de la convention formelle des parties. « Cette stipu- « lation, dit Serres (2), n'est regardée que comme « comminatoire. Et... l'emphytéote ne peut être « dépossédé que par la voie de justice. » Loyseau (3), dans un passage que nous aurons tout à

(1) Comp. Loisel. VI, tit. I, r. 2; tit. V, r. 1. *Cout. de Nivernais*, tit. VI, art. 7. — Coquille, dans son commentaire sur cet article, *in fine*, déclare que la *voie de fait* n'est pas permise, même au cas prévu par la coutume ou « autrement estait convenu entre les parties. » Mais il ajoute : « Ce que je dis de la permission de « justice, quand il y a convenance expresse, n'est pas pour y « appliquer cognoissance de cause ny en faire procès ordinaire, « mais pour y respondre par le juge sur une simple requeste, « ayant vu la convenance par escrit. »

Telle est la doctrine que M. Merlin, dans son plaidoyer rapporté Quest., v° *Emphytéose*, § 3, préfère, avec raison, à celle qui était généralement adoptée par les auteurs et surtout par les tribunaux.

(2) Ce passage est rapporté par M. Merlin, au Répert., v° *Emphytéote*, § 1, n° 2, dans une addition à l'article de M. Guyot.

(3) *Voy.* ce passage au Répert., v° *Commise emphytéotique*, au commencement.

l'heure encore occasion de citer, disait, en parlant de la commise emphytéotique : « Et encore bien « qu'il y en ait stipulation expresse au bail em- « phytéotique, elle n'est pourtant pas prati- « quée à la rigueur ».

5. — Quelque considérable que soit cette modification, apportée par la jurisprudence moderne à la théorie romaine, la commise emphytéotique aurait pu être considérée, à juste titre, par Dumoulin comme une différence spécifique entre l'emphytéose et le bail à cens ou à rente, si cette peine de la demeure était encourue par l'emphytéote de droit commun et en l'absence de toute clause spéciale.

Loyseau disait en commençant le passage, que nous rapportions tout à l'heure : « La commise pour « cessation de payement du canon emphytéotique « n'est pas observée en France par droit commun « et sans stipulation expresse, comme au droit « romain... »

Argou (1) disait au contraire : « Ce contrat est « susceptible de toutes les conventions que les « parties y veulent insérer ; mais il y a trois choses

Comp. sur toute cette matière, M. Duvergier, *loc. laud.*, n° 166; et M. Troplong, *loc. laud.*, n. 46.

(1) *Op. laud.*, l. III, c. XXVIII, au commencement.

« que les lois y suppléent quand les parties n'ont « pas fait de conventions contraires. »

L'une de ces trois *choses*, c'est la commise faute de payement pendant trois ans.

Une contradiction aussi remarquable ne nous paraît pas pouvoir être levée par cette remarque (1), qu'il y avait des coutumes où le droit de commise avait lieu, sauf les modifications que la jurisprudence des parlements y avait apportées. Sans doute, il y avait des coutumes, et c'était le plus petit nombre, qui avaient consacré des dispositions spéciales au bail emphytéotique (2); et celles-là avaient naturellement reproduit, avec amendement, les dispositions du droit romain sur la commise. Mais de ce que la plupart des coutumes ne s'étaient pas préoccupées d'une institution, qui n'était pas après tout d'origine coutumière (3); on ne saurait conclure qu'elles étaient contraires à l'application de la théorie romaine dans les cas où

(1) Elle est faite par M. H. de Pansey, dans le cours de l'article *Commise emphytéotique*, et par M. Merlin, dans une addition à cet article.

(2) M. H. de Pansey, *loc. laud.*, cite le texte de la *Coutume du comté de Bourgogne* et les commentaires de Dunod sur cette coutume.

(3) Dumoulin, sur la rubrique du tit. II, *Cout. de Paris*, n° 20 : « Contractus emphyteuticus est à jure scripto inventus : « censualis vero à consuetudine... »

il serait bien avéré que les parties ont entendu faire un bail emphytéotique proprement dit. Aussi voyons-nous que les auteurs, qui n'ont pas confondu l'emphytéose avec le bail à cens ou le bail à rente, n'ont pas hésité à prononcer contre l'emphytéote la peine de la commise pour défaut de payement du canon pendant trois années, même à défaut de convention expresse (1).

Enfin, si l'on supposait que la transmission du domaine utile au preneur, dans le cas d'emphytéose perpétuelle comme dans celui du bail à cens, a pu faire obstacle à l'admission du principe de la commise par le droit commun, il faudrait du moins reconnaître que cette objection ne se rencontrait pas dans le cas d'emphytéose temporaire. On ne saurait donc refuser d'appliquer à ce cas la commise du droit romain, que la jurisprudence du parlement de Toulouse appliquait au cas de locatairie perpétuelle (2).

6. — Une troisième cause de déchéance, établie par le droit romain, était fondée sur les contraventions de l'emphytéote aux règles qui lui étaient prescrites pour le cas d'aliénation de son droit.

(1) Comp. Argou et Domat, *loc. suprà laud.*
(2) Comp. M. Merlin, addit. à l'art. du Répert. *Commise emphytéotique.*

Cette cause de déchéance n'avait été admise par la jurisprudence française que dans les cas de fraude de la part de l'emphytéote, notamment pour éluder ou diminuer le payement des droits de mutation, dus au bailleur (1).

§ XI.

De l'établissement du droit emphytéotique.

1. — Il n'y aurait peut-être pas d'exagération à dire que l'emphytéose était toujours constituée par contrat.

Dumoulin affirme que, dans la jurisprudence moderne, la rédaction d'un acte n'était pas essentielle pour la validité du contrat (2).

Mais le bail emphytéotique n'était pas moins que le bail à rente foncière un contrat réel; en d'autres termes, il implique la tradition du fonds par le bailleur au preneur. Jusqu'à ce moment il n'y a de la part du bailleur qu'une simple pro-

(1) M. Henrion de Pansey, *loc. laud.*, s'exprime ainsi en parlant de la jurisprudence des pays de droit écrit : « On y connaît une « autre espèce de commise, qui ressemble fort à la commise « féodale. »

Dans le reste de l'article, il rapporte plusieurs arrêts de divers parlements.

(2) Sur la rubrique du tit. II de la *Coutume de Paris*, n° 38. — Il reconnaît que l'opinion générale attribue au droit romain une décision contraire : mais il ne croit pas cette interprétation exacte.

messe, obligatoire sans doute, mais qui ne saurait être confondue avec le bail emphytéotique (1). Dans tous les cas, il est évident que le domaine utile de l'emphytéote perpétuel ou le quasi-domaine de l'emphytéote perpétuel ne pouvait être conféré au preneur que par la tradition du fonds : notre ancienne jurisprudence n'admettait pas la transmission de la propriété et des droits réels par la seule vertu de la convention des parties (2).

Il est évident qu'il ne saurait s'opérer aucune tacite reconduction en matière de bail emphytéotique : tous les auteurs sont unanimes sur ce point (3). Mais il ne paraît pas qu'ils se soient demandé comment devait être traité l'ancien emphytéote qui conservait la jouissance du fonds au delà des termes fixés par son titre. Il me semble que s'il n'y a pas fraude de sa part, et si le propriétaire a continué de recevoir le canon qui avait été convenu pour la durée de l'emphytéose, l'ancien emphytéote doit être considéré comme simple

(1) Comp. Pothier, *Du bail à rente*, n° 5.

(2) Sur ce point important et sur les hésitations de la jurisprudence, comp. Loisel, *op. laud.*, l. III, t. IV, règle 6, et la note de de Laurière.

(3) M. Duvergier, *op. laud.*, I, n° 181, M. Troplong, *op. laud.*, I, n° 40, et les autorités citées par ces deux auteurs.

locataire : sinon, il doit être traité comme possesseur de mauvaise foi.

Il semble, au premier aspect, que le bail emphytéotique implique naturellement l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur du fonds qui fait l'objet du contrat; et, par conséquent, l'obligation de garantie en cas d'éviction. Cependant un auteur grave a pensé le contraire (1). Cette décision ne nous paraît susceptible d'être justifiée, même par la considération de la faculté de délaissement qui appartient au preneur, que si ce dernier n'a pas donné de deniers d'entrée.

Une tendance contraire a porté un grand nombre d'auteurs à penser que la rescision, pour lésion énorme, devait être admise comme en cas de vente (2). Mais Dumoulin (3) s'est prononcé fortement contre cette opinion, qui nous semble devoir être approuvée lorsque le bail est perpétuel et constitue une véritable vente du domaine utile.

2. — On n'a jamais eu de doutes sur la validité d'une constitution d'emphytéose par disposition testamentaire (4). Il serait aussi difficile d'i-

(1) Faber, *in cod.* cité par M. Duvergier, *loc. laud.*, n° 176.
(2) Comp. M. Duvergier, *ibid.*, n° 162.
(3) Sur la C. 14, C. J., lib. I, tit. II, *de S. S. Eccl.*, tom. III, p. 574, *in fine*, des *œuvres complètes.*
(4) Comp. Troplong, *op. laud.*, I, n° 35.

maginer une objection contre ce résultat, que d'en retrouver un exemple.

5. — Il ne reste plus à considérer d'autre mode d'établissement du droit emphytéotique que la prescription (1); mais il convient de le considérer séparément dans ses rapports avec l'emphytéose perpétuelle et avec l'emphytéose temporaire.

En ce qui concerne l'emphytéose perpétuelle, il ne faut pas s'attendre à des résultats analogues à ceux que nous ont donnés les principes du droit romain. Il y a de cela deux raisons également décisives. Les règles de la prescription ont subi de notables modifications et le droit emphytéotique, du moins celui qui a son origine dans un bail perpétuel, a changé de nature.

On ne saurait donc douter que le domaine utile de l'emphytéote et le domaine direct du bailleur ne puissent également être acquis par la prescription : il n'y a pas même lieu de distinguer entre la prescription avec titre et bonne foi, et la prescription trentenaire. A la vérité, la prescription ne saurait, pas plus en droit français qu'en droit romain, deve-

(1) Comp. M. Troplong, *ibid*.
Il est remarquable que ni Doneau, ni Argou, ni M. Duvergier, n'aient traité de ce mode d'établissement du droit emphytéotique. Cela prouve du moins que cette partie de la théorie de l'emphytéose n'a pas un grand intérêt pratique.

nir la source d'une obligation. Mais, grâce à la faculté de déguerpissement, on sait que la redevance emphytéotique n'est point l'objet d'une obligation personnelle de l'emphytéote perpétuel: c'est la condition de la possession d'un fonds par toute personne qui ne peut réclamer, par titre ou prescription, que le domaine utile de ce fonds. Aussi voyons-nous que la rente foncière pouvait, aussi bien que le fonds lui-même, être acquise par prescription (1).

En ce qui concerne l'emphytéose temporaire, il nous semble que l'on ne saurait sérieusement refuser d'admettre la prescription par dix ou vingt ans, avec titre émané d'un propriétaire apparent et de bonne foi. Le droit de l'emphytéote temporaire ne répugne pas plus à la prescription que celui d'usufruit, lequel était incontestablement prescriptible sous le régime de notre ancien droit. Enfin on ne peut pas objecter que si le propriétaire apparent, n'ayant pu prescrire lui-même à cause de sa mauvaise foi (2), était évincé par le véritable propriétaire, l'emphytéote ne se trouverait pas engagé envers lui par cette obligation personnelle,

(1) Comp. art. 113, 118 de la *Cout. de Paris*.

(2) Autrement la possession de l'emphytéote lui aurait profité pour la prescription du domaine direct. Comp. Proudhon *de l'Usufruit*, tom. II, n° 754.

qui doit nécessairement exister entre les deux parties, en matière d'emphytéose temporaire. Il est évident que, relativement aux actes que le propriétaire véritable est obligé de respecter, le propriétaire apparent a été le « negotiorum gestor » de ce dernier. L'emphytéose se trouvera donc véritablement constituée, sous le point de vue des obligations de l'emphytéote comme sous le point de vue de ses droits.

Il y a plus de difficulté pour la prescription de trente ans.

Il peut d'abord paraître extraordinaire qu'il soit ici question d'une prescription, qui exclue l'idée d'un titre, et, conséquemment, d'une limitation conventionnelle de la durée de l'emphytéose. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il y avait des fonds, auxquels ne pouvait pas s'appliquer l'emphytéose perpétuelle, et que, suivant la doctrine de Brodeau, le bail emphytéotique était alors présumé stipulé pour quatre-vingt-dix-neuf ans (1).

Remarquons aussi que la possession trentenaire, soutenue de plusieurs actes recognitifs, dispenserait le possesseur de produire un titre emphytéotique. Ce ne serait pas parce qu'il aurait prescrit le droit emphytéotique : mais parce qu'il aurait

(1) Comp. ci-dessus, 4e part., § 7, n. 3.

établi l'existence d'un titre par un mode de preuve, réputé suffisant par la jurisprudence (1).

Dès lors la question se réduit à savoir si, en l'absence de tout acte recognitif, la possession trentenaire pourrait être invoquée.

Commençons par écarter l'hypothèse dans laquelle la prescription, opposée par le possesseur, serait combattue par la preuve que la possession du prétendu emphytéote avait pour point de départ un autre titre. Il est clair qu'il n'a pas pu y avoir prescription contre ce titre.

Dans la position où nous le supposons, le soi-disant emphytéote pourrait tout au plus prétendre que le propriétaire a perdu le droit de le troubler dans sa possession. Mais il est clair que s'il vient à perdre lui-même le bénéfice de la possession, il ne pourra former une action pétitoire, en qualité d'emphytéote temporaire, sans justifier qu'il est tenu personnellement envers le propriétaire de payer la redevance emphytéotique. Or c'est ce qu'il ne saurait faire, en l'absence d'un titre ou sans appuyer au moins sa possession trentenaire sur des actes recognitifs.

Ce résultat suffirait seul pour déterminer à

(1) Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 8, gl. 1, nos 85-90. Merlin, Quest., vo *Terrage*, § 1.

écarter l'idée que la prescription trentenaire puisse être un mode d'établissement du droit emphytéotique temporaire. Mais il nous semble qu'il faut aller plus loin. La prescription n'a jamais eu, en droit français, le caractère d'une simple exception, auquel la réduisait souvent le droit romain : elle est péremptoire, en d'autres termes, elle éteint absolument le droit de celui auquel on peut l'opposer. Mais réciproquement, lorsqu'elle ne saurait avoir pour résultat d'éteindre absolument un droit, elle n'en paralyse pas l'exercice. Notre droit français ne paraît pas avoir jamais connu cette étrange situation d'un propriétaire ne pouvant revendiquer sa chose contre un simple possesseur, qui n'a pu lui-même acquérir la propriété par prescription (1). Autrement la jurisprudence aurait-elle pris tant de peine pour déterminer à quelles conditions, en pareil cas, un possesseur pouvait se maintenir, quoiqu'il ne rapportât point le titre de sa possession ?

Concluons donc qu'à proprement parler la prescription de trente ans ne saurait servir de fondement à une emphytéose temporaire.

(1) C. 8, § 1, C. J., lib. VII, tit. XXXIX, *de præscript.* 30 vel. 40 *ann.*
Comp. ci-dessus, 2e part., § 25.

§ XII.

De la transmission du droit emphytéotique.

Les règles de la transmission du droit emphytéotique doivent être recherchées dans une double hypothèse, la transmission conventionnelle et la transmission héréditaire.

1. — Dans la première hypothèse, on se souvient que le droit romain obligeait l'emphytéote à dénoncer préalablement au propriétaire son projet d'aliénation et à lui payer un droit, proportionnel à la valeur du fonds, lorsque ce propriétaire ne voulait pas user du droit de prélation que la loi lui reconnaissait.

Notre ancien droit avait-il adopté ces règles?

MM. Duvergier et Troplong s'accordent à penser que le droit de commise ne pouvait être invoqué par le propriétaire, quoique l'emphytéote eût aliéné « irrequisito domino » (1). Le premier de ces deux graves auteurs cite plusieurs passages de Dumoulin, exclusivement applicables aux censives (2) : toutefois, il en cite un (3) où se trouve à la vérité un mot, qui s'accorde mal avec toute une théorie professée par Dumoulin lui-même dans

(1) M. Duvergier, *op. laud.*, nº 164; M. Troplong, *op. laud.*, nº 44.
(2) Sur *la Cout. de Paris*, § 20, gl. v, nº 7.
(3) *Ibid.*, § 73, gl. II, nº 1.

une autre partie de son ouvrage (1). Cette circonstance et l'autorité de plusieurs auteurs (2), qui ont su éviter toute confusion entre l'emphytéose proprement dite et le bail à cens, nous portent à croire que le droit français s'était moins éloigné des traditions romaines que ne l'ont pensé MM. Duvergier et Troplong. Cependant il est probable que la peine de la commise n'était pas toujours rigoureusement appliquée, lorsque l'emphytéote avait négligé de requérir l'approbation préalable du bailleur. On peut même regarder comme certain que ce point de droit variait suivant les localités (3).

Outre l'autorité d'Argou et de plusieurs autres auteurs, on peut citer des textes législatifs de plusieurs dates pour prouver que l'aliénation du droit emphytéotique donnait ouverture à des droits, analogues à ceux que le propriétaire percevait d'après le droit romain et les seigneurs d'après le

(1) *Ibid.*, § 82, gl. I, n. 9, 10, 11. — Il est remarquable que M. Duvergier ait cité à l'appui de son opinion ce dernier numéro, dont Dumoulin a rédigé ainsi la rubrique : « Etiam *hodie* non « licet vero emphyteutæ (nisi sit fisci) domino irrequisito « alienare. »

(2) Comp. Argou, *op. laud.*, liv. III, c. XXVIII.

Merlin, Répert., v° *Locatairie perpétuelle;* Quest., *eodem verbo*, § 1.

(3) Art. 23, tit. VI, *Cout. de Nivern.*, et Coquille, *ibid.*

droit féodal (1). Mais il est plus que probable que ces droits étaient sans application en matière d'emphytéose temporaire.

2. — Quant à la transmission héréditaire du droit emphytéotique, il n'y a que très-peu de choses à observer (2).

Dans le cas d'emphytéose perpétuelle, on appliquait vraisemblablement la règle de la divisibilité ou celle de l'indivisibilité de la redevance emphytéotique, suivant que le bail emphytéotique faisait fonction de bail à cens proprement dit ou de bail à rente (3).

Dans le bail emphytéotique temporaire, l'indivisibilité de la redevance emphytéotique devait être le droit commun.

Cette indivisibilité de la redevance ne faisait pas, sans doute, obstacle au partage en nature entre les héritiers de l'emphytéote. Elle n'avait pas non plus pour résultat de rendre ces divers héritiers solidaires entre eux quant au payement de la re-

(1) La déclaration de Louis XV, du 2 janvier 1769, et l'art. 5, tit. IV, de la loi du 18-29 décembre 1790.

(2) On ne trouve guère de renseignements sur cette matière que dans le réquisitoire de M. Merlin, Répert., v° *Emphytéose*, § 6.

(3) Comp. Loisel, liv. IV, t. I, règle 25, et titre II, règle 1.

devance ou à l'exécution des autres obligations du preneur. Mais elle assurait au preneur le bénéfice du droit de commise pour la totalité des objets compris dans le bail originaire, lorsqu'il n'était pas intégralement payé.

Quelquefois le bailleur, redoutant les suites du partage en nature, stipulait qu'il ne pourrait avoir lieu. Mais cette clause ne pouvait devenir entre les héritiers de l'emphytéote une cause d'inégalité. La jurisprudence imposait à l'héritier, qui serait seul investi du bail, l'obligation d'en communiquer le profit à ses cohéritiers (1).

En un mot, sauf l'exécution des clauses du bail au profit du preneur, il n'y avait aucune différence entre le droit emphytéotique et les autres biens composant l'hérédité.

(1) Voyez l'arrêt de 1588, cité par M. Merlin, Répert., v° *Emphytéose*, § 6, *in fine*.

CINQUIÈME PARTIE.

DE L'EMPHYTÉOSE DANS LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS.

§ Ier.

Nouvelle révolution dans le caractère de l'emphytéose.

Nous avons suivi attentivement, depuis le Bas-Empire jusqu'à la Révolution française, l'histoire de la décomposition du droit de propriété entre plusieurs personnes. Nous avons vu que, dans l'origine, ce fut un pur accident, une combinaison suggérée par la nécessité, et nullement un résultat naturel des idées et des mœurs sur lesquelles reposait le droit romain.

Nous avons remarqué, dans les périodes suivantes, le caractère précisément opposé. Quoique la féodalité ait emprunté à la législation romaine. quelques-unes des règles de cette matière, elle peut revendiquer à juste titre toutes les institutions emphytéotiques, dont nous avons traité, comme une partie intégrante et essentielle de son

régime. On a remarqué (1) avec raison que la France, qui fut la terre classique de la féodalité, était aussi le pays dans lequel la décomposition de la propriété avait été le plus pratiquée.

Dans cette nouvelle période, l'emphytéose subit une dernière révolution. Elle redevient une institution d'exception ; elle ne se rattache plus ni à la condition des terres ni à l'état des personnes. Ce n'est plus qu'une combinaison, bonne dans certaines situations, avantageuse pour certains propriétaires, que la loi n'a pas dû proscrire, mais à laquelle elle a pu ne pas accorder la même attention que si elle avait été d'une utilité plus générale (2).

Cependant, on peut faire avec raison au législateur le reproche d'avoir trop négligé ce point de notre droit civil. On sait, en effet, que le mot d'emphytéose ne se rencontre pas une seule fois dans le Code civil. Cependant l'ancienne théorie était mêlée d'idées incompatibles avec le nouveau régime, né de la Révolution. Comment admettre que le législateur révolutionnaire ait implicitement consacré cette doctrine ? D'autre part, plu-

(1) Zachariæ, *Droit civil français*, traduction de MM. Aubry et Rau, § 198, t. I, p. 412, *in fine*.

(2) Comp. M. Troplong, *op. laud.*, I, n° 50, *in fine*, et n° 51.

sieurs principes nouveaux, positivement formulés et avec lesquels il est indispensable de mettre en harmonie la théorie de l'emphytéose, ne lui permettent plus de se produire avec tous les caractères qu'elle présentait autrefois.

Ce laconisme, ces lacunes ont donné lieu à bien des incertitudes, à bien des erreurs : elles ont fait durer jusqu'à ce jour de savantes controverses.

§ II.

Influence des lois révolutionnaires sur la théorie de l'emphytéose.

1. — La distinction du domaine direct et du domaine utile a été effacée du droit français par les décrets abolitifs de la féodalité et par les lois qui s'y rattachent (1) : « Il est défendu » (dit l'art. 1er, tit. I, de la loi du 18-29 décembre 1790, dans sa seconde disposition) « à l'avenir, de créer aucune « redevance foncière non remboursable, sans pré- « judice des baux à rente ou à emphytéose et « non perpétuels, qui seront exécutés pour toute « leur durée et pourront être faits à l'avenir pour « quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous. »

Depuis la date de cette loi, il n'a pu être con-

(1) Ces lois sont citées et en partie analysées par M. Merlin, Répert., vo *Fief*, sect. II, § 6, et par M. Zachariæ, § 198.

cédé que des emphytéoses temporaires. Quant aux emphytéoses perpétuelles, elles furent complétement assimilées aux baux à rentes foncières: en d'autres termes, les bailleurs furent dépouillés de leur domaine direct, et les redevances devinrent rachetables àperpétuité (1).

Il est donc parfaitement exact de dire que, par l'effet de ces dispositions, la distinction du domaine direct et du domaine utile se trouva effacée; puisque ni le bail à emphytéose temporaire ni le bail à rente foncière n'ont jamais donné lieu à cette distinction (2). Mais il ne suit pas de là que ces rede-

(1) Art. 1, tit. I, loi du 18-29 décembre 1790. — Art. 5, tit. III, de la même loi.

(2) Ces résultats ne sont pas reconnus par M. Merlin. C'est la conséquence de son opinion, déjà citée, sur les effets de l'emphytéose temporaire qu'il croit identiques en tout point à ceux de l'emphytéose perpétuelle. — Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 1.

Il professe donc formellement que l'emphytéote temporaire n'a jamais cessé d'avoir le domaine utile, si ce n'est peut-être sous le régime de la loi du 9 messidor an III. — Comp. Quest., *eod. verb.*, § 5, n°s 2, 3, 6, 8. — On verra que M. Merlin a déduit de ce faux principe toutes les conséquences, qu'il comportait, avec cette inflexibilité de logique qui caractérise ses dissertations.

On pourrait croire, que dans l'opinion de ce grave auteur le domaine direct de l'emphytéote perpétuel n'a été aboli que par la loi du 11 brumaire an VII. — Comp. *ibid.*, § 5, n° 5.

Mais, un peu auparavant, au commencement du n° 2, il semble reconnaître que l'effet immédiat de la loi du 18-29 décembre 1790 avait été de convertir en pleine propriété le domaine utile de l'emphytéote perpétuel. — Quoi qu'il en soit, ce résultat nous paait certain.

vances aient perdu de plein droit le caractère de redevances foncières et de véritables immeubles (1).

Au surplus, il importe d'observer que la disposition de la loi du 18-29 décembre 1790, portant défense de créer à l'avenir des emphytéoses perpétuelles, n'avait pas pour sanction la nullité des conventions des parties. Elle a seulement entendu qu'il ne saurait plus y avoir d'emphytéose perpétuelle, sans faculté de rachat. C'est ce qui a été décidé par un arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1824 (2).

2. — Après la loi précitée de 1790, la première qui présente de l'intérêt pour la doctrine de l'emphytéose, est celle du 9 messidor an III. L'article 5 de cette loi est ainsi conçu :

« Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

« 1° La *propriété* des biens territoriaux étant « dans le commerce ou pouvant être aliénés, de

(1) Comp. la note de M. Merlin sur l'arrêt de la cour de cassation du 8 novembre 1824. Quest., v° *Emphyt.*, § 5, n° 4.—Répert., v° *Rente foncière*, § 2, n. 4 et 5.

(2) La cour de Colmar avait décidé le contraire. La question n'aurait pas pu s'élever sous le régime de l'art. 530 du Code civil, dont la disposition a servi d'argument à la cour de cassation pour déterminer le véritable sens de la loi du 18-29 décembre 1790.

« leurs accessoires inhérents ou établis à perpé-
« tuelle demeure, ensemble des fruits non re-
« cueillis, des bois non coupés et des servitudes
« foncières ;

« 2° L'*usufruit* des mêmes biens, *résultant seu-*
« *lement des baux emphytéotiques,* lorsqu'il reste
« encore vingt-cinq années de jouissance. »

Il est certain que cet article introduisait une notable modification dans la faculté d'hypothéquer, telle que le droit préexistant l'avait reconnue au profit soit de l'emphytéote temporaire, soit de l'usufruitier ordinaire. Suivant M. Merlin (1), il n'aurait innové qu'en confondant deux droits, jusqu'alors parfaitement distincts, le domaine utile de l'emphytéote temporaire et l'usufruit proprement dit.

Mais il nous semble que cet article est moins le résultat d'une confusion d'idées que d'une saine appréciation du nouvel état des choses. La loi de 1790 avait aboli l'emphytéose perpétuelle, type de l'emphytéose temporaire; et dès lors celui-ci ne pouvait plus être considéré que comme une particularité de l'usufruit. En effet, il n'est pas contraire à la nature de l'usufruit qu'il soit consti-

(1) Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 3, et la note.

tué moyennant un prix, et que ce prix consiste en annuités; il n'y a non plus rien de contraire à sa nature dans la clause qu'il ne s'éteindra pas par la mort du premier usufruitier, survenue avant l'échéance du terme fixé, mais qu'il sera héréditairement transmissible jusqu'à cette échéance. On peut en dire autant de la clause par laquelle cet usufruitier se soumettrait à la peine de la déchéance, s'il laissait passer trois ans sans acquitter l'annuité. Or, quelle différence y aurait-il entre un usufruit, ainsi constitué, et une emphytéose temporaire?

Il nous semble qu'il n'y a que des éloges à donner au législateur de l'an 3, pour avoir voulu prévenir des hypothèques aléatoires, qui n'auraient pour assiette qu'un usufruit viager. Disposition sage! que M. Merlin n'aurait certainement pas critiquée, si elle n'avait pas contrarié sa proposition favorite, que l'emphytéose temporaire présente, encore aujourd'hui, un exemple de la division de la propriété en domaine direct et en domaine utile.

5. — Aussi considère-t-il (1) comme une sorte de restauration des saines doctrines l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, ainsi conçu :

(1) M. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 4.

« Sont seuls susceptibles d'hypothèque :

« 1° Les *biens territoriaux* transmissibles, en-« semble leurs accessoires inhérents ;

« 2° L'*usufruit,* ainsi que la *jouissance à titre* « *d'emphytéose* des mêmes biens, pour le temps « de leur durée. »

Il nous semble qu'entre les deux articles des deux lois de l'an III et de l'an VII, il n'existe qu'une différence de rédaction, vraiment insignifiante ; car si le but de cette différence dans les termes eût été de tracer une ligne de démarcation tranchée entre l'usufruit et l'emphytéose, il eût été facile de marquer cette intention d'une manière qui ne pût être méconnue, en consacrant à l'emphytéose un paragraphe spécial. Il ne faut pas dire avec M. Merlin (1) « qu'en rendant à l'emphytéose « temporaire le droit d'hypothéquer l'immeuble, « dont il jouissait à ce titre, pendant et pour tout « le temps que durerait la jouissance, la loi du « 11 brumaire an VII a reconnu que, tant que « l'emphytéote temporaire jouissait comme tel, il « participait à la propriété, ou, en d'autres ter-« mes, qu'il était investi du domaine utile. » La faculté d'hypothéquer ne prouve évidemment rien,

(1) *Loco laudato.*

quant à l'intention du législateur de distinguer l'emphytéote de l'usufruitier, puisqu'aux termes de la disposition invoquée, cette faculté appartiendrait encore à l'emphytéote, considéré comme simple usufruitier.

4. — Mais le savant jurisconsulte soulève une question plus délicate sur le texte de l'art. 7 de la même loi. On y lit que « les rentes constituées, « les rentes foncières, et les autres prestations que « la loi a déclarées rachetables, ne pourront plus « à l'avenir être frappées d'hypothèques. » M. Merlin reconnaît bien (1) que, dans cette disposition, les rentes foncières et les redevances emphytéotiques perpétuelles sont considérées comme de simples créances privilégiées, hypothécaires, sujettes à inscription et purgées par le défaut d'inscription en temps utile ; qu'on ne peut plus dire qu'elles existent, non *sur*, mais *dans* le fonds, ni qu'elles en forment une *délibation* (2), une partie intégrante. Il va même jusqu'à confesser (3) que, sous aucun rapport, on ne peut plus revendiquer, pour le bailleur à emphytéose perpétuelle, le moin-

(1) *Ibid.*, nº 4, *passim.*
(2) M. Merlin emprunte cette expression à la note de de Laurière, sur l'art. 87 de la *Coutume de Paris.*
(3) *Ibid.*, nº 5, *passim.*

dre débris de son ancien domaine direct; mais il maintient, à l'égard de l'emphytéote temporaire, que la redevance a conservé le caractère qui lui était attribué par l'ancien droit, et, conséquemment, qu'elle est encore susceptible d'hypothèque (1). Il en donne la raison en un mot: c'est que la loi du 11 brumaire an VII n'a défendu d'hypothéquer à l'avenir que les redevances foncières, précédemment déclarées rachetables.

Si M. Merlin avait entendu dire seulement que la redevance, due par l'emphytéote temporaire, était affectée par l'hypothèque que le bailleur aurait donnée sur son droit de propriété, sa proposition serait d'une justesse incontestable (2); mais il est évident que M. Merlin va plus loin, et, quoiqu'il n'ait complété sa pensée qu'en traitant de

(1) *Ibid*, nº 6. — Cette conséquence n'est pas formellement déduite; mais soutenir que l'art. 7 de la loi du 11 brumaire an VII n'a pas compris dans sa disposition les redevances dues par l'emphytéote temporaire, n'est-ce pas décider que ces redevances pouvaient être frappées d'hypothèque sous le régime de cette loi? sans cette première décision, M. Merlin n'aurait pu en venir jusqu'à professer que la même faculté appartient au bailleur à emphytéose sous le régime du code civil. — Comp. Quest., vº *Emphytéose*, § VII, nº 1.

(2) En effet l'expropriation d'un débiteur, bailleur à titre emphytéotique, ne peut transférer immédiatement à l'adjudicataire d'autre prérogative du droit de propriété que celle de percevoir la rente emphytéotique.

l'emphytéose sous le régime du Code civil, il entendait certainement que le bailleur pouvait hypothéquer séparément la rente emphytéotique et ce que M. Merlin s'obstine à appeler son domaine direct (1).

Ce résultat nous semble inadmissible. M. Merlin, préoccupé de l'idée que l'emphytéose perpétuelle a seule été atteinte par les lois révolutionnaires, n'a fait attention qu'aux termes de l'art. 7 de la loi du 11 brumaire an VII, parce que, considérés isolément, ils s'accordent avec son système. Mais il a oublié les termes de l'art. 6, qui ne permet de frapper d'hypothèque que les *biens territoriaux*, et l'usufruit, ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes biens. Il est bien vrai qu'entre la *Coutume de Paris* et le Code civil, il n'est intervenu aucune loi sur la distinction des biens en meubles et en immeubles (2). Mais cette considération n'est pas décisive en faveur de l'opinion de M. Merlin, puisqu'aux termes de la loi du 11 brumaire an VII tous les immeubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque. M. Merlin est obligé de reconnaître (3) que la redevance due par un em-

(1) *Ibid.*, § 7, n. 3.
(2) *Ibid.*, § 5, n. 4, à la note.
(3) *Ibid.*, *eod.*, n° 4, *passim* et *in fine*, et n° 5.

phytéote perpétuel, devenue rachetable, n'est plus qu'une obligation personnelle, qu'elle a cessé d'être une pure charge foncière, et que c'est pour cette raison qu'elle n'est plus susceptible d'hypothèque. Peut-on admettre que la loi de brumaire ait voulu reconnaître à une redevance emphytéotique temporaire le caractère de charge purement foncière, lorsqu'elle retirait ce caractère à la redevance perpétuelle? Ce serait une inconséquence d'autant plus inconcevable, que le bail emphytéotique temporaire, différent en ce point du bail perpétuel, imposait au preneur l'obligation personnelle de payer la redevance (1). Au surplus, il résulte positivement de l'art. 6 de cette loi que la redevance, dont il s'agit, n'a pas conservé la propriété de pouvoir servir d'assiette à une hypothèque.

§ III.

Le Code civil a-t-il aboli l'emphytéose?

Nous arrivons au régime du code civil.

1. — On sait déjà qu'il n'a fait aucune mention de l'emphytéose. De là vient le doute sur la question de savoir si elle subsiste encore ou s'il l'a voulu abolir?

(1) Comp. ci-dessus, 4e partie, § 10, n. 1. *in fine*.—C'est pour cette raison que l'emphytéote temporaire n'était pas admis au bénéfice du déguerpissement.

Toutefois, il est un point que l'art. 530 de ce code met hors de toute controverse : c'est qu'il ne saurait plus être question d'emphytéose perpétuelle. Tout contrat, qu'on aurait pu passer sous ce nom. tomberait évidemment sous l'application de cet article. Ce ne serait qu'une vente à des conditions particulières, et qui, en tous cas, ne pourrait avoir pour effet de soumettre l'acheteur et ses héritiers à l'accomplissement périodique d'une obligation personnelle et perpétuelle (1).

2. — Mais la question demeure entière, en ce qui concerne l'emphytéose temporaire.

Il ne s'agit pas, sans doute, de savoir si le propriétaire d'un immeuble pourra conférer à une personne le droit d'en jouir pendant un temps plus ou moins long, avec faculté d'en changer la superficie et à la charge de supporter tous les frais d'exploitation, d'entretien, de réparation, d'impôt, etc.; en un mot avec toutes les clauses qui, dans les rapports du bailleur au preneur, auraient pour effet d'identifier cette convention avec le bail emphytéotique. Le principe de la liberté des conventions, en tant qu'elles n'ont rien de contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs,

(1) Comp. M. Merlin, Quest., v° *Emphytéose*, § 5, n° 7.

protégerait suffisamment une telle convention. Il n'y aurait même rien dans ces clauses que ne pût très-bien comporter un simple contrat de louage, puisqu'il a été solennellement jugé que la clause, qui attribuerait au droit du preneur une durée indéfinie, n'avait rien de contraire à l'essence de ce contrat (1).

Mais il s'agit de savoir si ce contrat ne serait pas autre chose qu'une simple particularité du louage, ou s'il en résultera, aujourd'hui comme sous l'ancien régime, un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque et, conséquemment, de saisie immobilière, qu'on pût protéger au moyen de l'action possessoire, qui fût virtuellement exclu de la communauté légale par sa qualité d'immeuble. Toutes ces prérogatives résulteraient-elles d'un bail, que les parties déclareraient formellement ou auraient évidemment entendu faire à titre emphytéotique? Voilà la question.

(1) Arrêt solennel de la cour de cassation, sections réunies, du 24 novembre 1837.— Sirey, 37. 1. 954.

D'ailleurs il ne me semble pas exact, en présence des termes de l'art. 1709, de dire avec MM. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 3062, que « la perpétuité « dans la jouissance n'est pas contraire à la nature du bail. » — *Ibid.*, n° 3030 et 3031. — Comp. M. Troplong, *Louage*, I, n° 4, p. 72.

3. — Voici maintenant ce qui en fait la difficulté.

L'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII est ainsi conçu :

« A compter du jour où ces lois (1) sont exécu-
« toires, les lois romaines, les ordonnances, les
« coutumes générales ou locales, les statuts, les
« règlements cessent d'avoir force de loi générale
« ou particulière, dans les matières qui sont l'ob-
« jet desdites lois composant le présent Code. »

Or, les matières, dans lesquelles rentre le bail emphytéotique, ont été traitées par le Code ; et le nom de cette institution n'a pas même été prononcé. Cependant il aurait dû se trouver dans l'art. 543.

On fait ensuite remarquer que, dans les deux lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII, l'emphytéose avait obtenu une mention spéciale dans l'article, qui avait pour objet de déterminer les biens susceptibles d'hypothèque. Or, l'art. 2118, qui correspond dans le Code aux articles des deux lois précitées et est conçu dans la même forme énumérative, omet absolument la mention de l'emphytéose.

(1) Ce sont celles dont la réunion compose le Code civil.

On invoque enfin l'esprit qui a présidé à la rédaction des art. 543, 530 et 896, et qui s'oppose à toute décomposition, même temporaire, de la propriété (1).

4. — Ces objections ne pouvaient échapper à M. Merlin. Il y répond avec détail; mais il nous semble qu'il n'a pas été heureux dans ses réponses (2).

L'argument, que fournit aux adversaires de l'emphytéose l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, ne l'arrête pas un seul moment; il le réfute précisément par cette considération dont se prévalent ceux qui l'invoquent, que le Code civil n'a fait aucune mention de l'emphytéose. Il n'abroge, dit-il, les lois antérieures « qu'autant qu'elles sont « relatives aux matières qui sont l'objet du Code « civil; » et il conclut de l'objection même que « les lois antérieures, qui admettent l'emphy- « téose temporaire et en déterminent les effets, « sont encore dans toute leur vigueur. »

Il nous semble que cette réfutation est plus re-

(1) Comp. sur les objections contre le maintien de l'emphytéose par le Code civil, M. Zachariæ, *op. laud.*, nº 198; M. Grenier, *des Hypothèques*, nº 143.

(2) Comp. la dissertation développée de M. Merlin, *loco laudato*, § V, nº 8.

marquable par la subtilité que par la solidité du raisonnement. On ressusciterait bien des principes abandonnés de notre ancienne jurisprudence, si l'on admettait que le Code civil n'a pu les abroger par la simple omission qu'il en a faite.

Mais la manière dont M. Merlin écarte l'objection fondée sur l'omission de l'emphytéose par l'art. 2118 est plus remarquable encore. A l'en croire, le législateur de brumaire an VII n'aurait fait cette mention que pour rectifier les idées du législateur de messidor an III et rétablir la distinction de l'usufruit et de l'emphytéose, méconnue par ce dernier.

Quelque ingénieux que ce rapprochement puisse paraître, nous doutons fort qu'il suffise pour lever l'objection.

Quant à l'objection de principe qui repose sur l'hostilité de notre Code civil contre toute décomposition, même temporaire, de la propriété; M. Merlin lui oppose des considérations non moins générales.

Il pose en principe que « pour pouvoir, de ce « que le Code civil ne parle pas, nommément de « l'emphytéose non perpétuelle, inférer qu'il la « méconnaît, qu'il lui refuse l'effet qu'elle avait « toujours eu précédemment de transférer tem-

« porairement le domaine utile, et qu'il la réduit « à un simple contrat de louage, il faudrait pou- « voir aller jusqu'à dire qu'il n'admet pas de pro- « priété temporaire, et qu'il ne reconnaît point de « milieu entre la qualité de propriétaire et celle de « locataire ou fermier. »

Il complète son raisonnement en ajoutant 1° que la faculté d'aliéner et d'acquérir à temps n'est pas moins de droit naturel que la faculté d'aliéner et d'acquérir à perpétuité; qu'une disposition expresse du Code civil aurait pu seule enlever au propriétaire cette faculté; 2° que le droit d'usufruit, bien différent de celui qui résulte du louage, est un droit réel et foncier, un droit qui fait partie de la propriété; que cependant l'art. 617 permet au propriétaire de transférer pour un temps fixe l'usufruit de son héritage, c'est-à-dire une partie de sa propriété; que dès lors on ne saurait supposer au législateur l'intention de défendre d'aliéner en entier cette même propriété pour un temps également déterminé; 3° enfin que l'art. 2125 du Code civil reconnaît que la propriété peut être résoluble dans certains cas; qu'il reconnaît donc qu'elle peut n'être transportée que pour un temps fixe; car la propriété qui n'est transportée que pour un temps fixe n'est pas moins résoluble que

celle qui est transférée sous une condition résolutoire.

5. — L'idée fondamentale de toute cette discussion, c'est que l'emphytéose consiste dans une aliénation temporaire de la propriété (1). Or il nous semble que cette idée ne peut pas supporter l'épreuve d'une sévère analyse.

On conçoit aisément la possibilité d'un démembrement temporaire de la propriété, comme l'usufruit. On aurait même pu, dans l'ancien droit, rattacher une idée précise à l'expression d'aliénation temporaire du domaine utile. Dans ces deux cas, en effet, il reste au propriétaire une portion de son droit de propriété, dont il n'est dessaisi à aucun moment, et à laquelle viennent se rattacher les autres parties du droit de propriété à l'échéance du terme fixé. On conçoit également la

(1) Cette manière de voir paraît être également celle de M. Proudhon, *Usufruit*, I, n° 97.

Il rapporte la définition de l'emphytéose, donnée par Domat; puis il ajoute :

« On voit, par cette seule définition, combien l'emphytéose
« diffère de la constitution d'usufruit, puisque l'emphytéote,
« acquérant la propriété du fonds, jouit de sa propre chose,
« tandis que l'usufruitier n'est que jouissant de la chose d'au-
« trui. »

Mais il importe d'observer que la définition de Domat, d'après les termes mêmes rapportés par M. Proudhon, se réfère à l'emphytéose perpétuelle.

possibilité d'une aliénation absolue de la propriété sous une condition résolutoire dont l'accomplissement a pour effet de restituer l'ancien propriétaire si complétement contre son aliénation, qu'il est censé n'avoir jamais abdiqué sa propriété. Mais il y a une immense différence entre le terme et la condition. Une aliénation purement temporaire de la propriété ne serait qu'une aliénation incomplète de la propriété. Ou cette expression ne signifie rien autre chose qu'une simple constitution d'usufruit, ou elle aboutit à la décomposition de la propriété en domaine direct et en domaine utile. Cette dernière conclusion est en effet celle de M. Merlin (1).

Or, quelqu'imposante que soit l'autorité de M. Merlin (2), nous ne saurions nous empêcher de

(1) Il n'entend pas autrement la transmission temporaire de la propriété qui a lieu, suivant lui, au cas d'emphytéose. Ne dit-il pas expressément, dans le passage ci-dessus rapporté, que pour prouver que l'emphytéote n'a plus le domaine utile, il faudrait établir l'impossibilité d'une transmission temporaire de la propriété? D'ailleurs voici comment il conclut : « Il n'y a rien, dans « le Code civil, qui s'oppose à ce que l'emphytéote soit réduit « au domaine utile ; *à ce que l'emphytéose temporaire conserve* « *au bailleur le domaine direct...* »

(2) Il semble qu'il faille y joindre celle de la cour de cassation. Cependant si l'on compare attentivement les motifs de l'arrêt du 26 juin 1822 avec ceux des deux arrêts du 1er avril 1840, on pourra se trouver embarrassé pour déterminer quelles sont pré-

proclamer que poser ainsi la question, c'est la mal poser. Il est trop facile de prouver que la lettre de l'art. 543 (1) et l'esprit qui a présidé à sa rédaction, ainsi qu'à celle de l'art. 530, s'opposent aujourd'hui à toute décomposition, même temporaire, de la propriété en domaine direct et en domaine utile. Poser la question dans ces termes, c'est rendre inévitable la solution que lui donne M. Zachariæ (2).

6. — Aussi nous semble-t-elle avoir été mieux posée et plus solidement discutée par M. Duranton (3).

Cependant nous ne saurions admettre la réponse qu'il fait à l'objection tirée du défaut de mention de l'emphytéose dans l'art. 2118. Dire que cet article ne fournit qu'une pétition de principe à l'opinion qui repousse l'emphytéose, parce que le droit emphytéotique peut très-bien rentrer dans la disposition du §-1° de l'article, qui parle en général des biens immeubles, c'est tomber

cisément les idées de la cour de cassation sur les effets du bail emphytéotique.

(1) « On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou « un simple droit de jouissance, ou seulement des services « fonciers à prétendre.

(2) *Op. laud.*, § 198, I, p. 414.

(3) *Cours de droit français*, tom. IV, p. 70 et suiv.

évidemment dans un équivoque. Il est clair, en effet, que ce paragraphe entend parler seulement des immeubles corporels, ou, pour parler le langage de la loi, des immeubles par leur nature et leur destination ; cela résulte de ces termes : « biens immobiliers... et leurs accessoires réputés immeubles. » Le §-2° est consacré aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ; et c'est dans un esprit évident d'exclusion, au moins pour les servitudes foncières, les droits d'usage et d'habitation, et les actions en revendication d'immeubles, que l'usufruit a été seul mentionné dans l'art. 2118.

Mais la force de l'argument de M. Duranton consiste en ce qu'il montre fort bien que le mot usufruit n'est pas toujours employé par la loi dans l'acception spéciale où elle le prend dans le titre *de l'Usufruit* : que, notamment dans l'art. 526, il est employé comme synonyme de l'expression plus générique, « droit de jouissance », qui se trouve dans l'art. 543; qu'en principe général, l'art. 686 (1) permet aux propriétaires d'immeubles d'établir sur leurs fonds telles servitudes que

(1) On pourrait à la rigueur faire observer que l'art. 686, placé dans le titre *des Services fonciers*, ne saurait être invoqué à propos d'emphytéose.

bon leur semble, pourvu qu'elles ne soient pas établies en faveur de la personne, et qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public. Or, dit très-bien M. Duranton, dans le sens de la restriction de l'art. 686, l'emphytéose n'est pas plus censée établie en faveur de la personne que ne l'est l'usufruit; et assurément elle n'est pas plus que lui contraire à l'ordre public. Il ajoute qu'évidemment, dans les baux emphytéotiques, les preneurs entendent acquérir le droit réel immobilier. Enfin, il démontre que l'art. 1122 assurerait la validité d'une constitution d'usufruit, à titre onéreux pour un temps déterminé, quatre-vingt-dix-neuf ans, par exemple, et dans laquelle le preneur stipulerait, qu'en cas de décès avant l'échéance du terme, le droit passerait à ses héritiers. M. Duranton ne peut pas interpréter le silence de la loi sur l'emphytéose dans le sens d'une prohibition, qu'il serait si facile d'éluder.

7. — Telle est l'opinion à laquelle nous nous rangeons. Au fond, M. Zachariæ n'en a pas d'autre (1). Ce que ce judicieux auteur repousse absolument, c'est l'idée d'une décomposition, même temporaire, de la propriété en domaine di-

(1) *Op. laud.*, § 198, I, p. 415.

rect et en domaine utile. Ainsi toute la difficulté que présente cette question, toutes les incertitudes sur la solution qu'elle doit recevoir, proviennent de l'erreur de M. Merlin et de la cour de cassation, qui ont cru que l'emphytéose temporaire, sous l'ancien droit, emportait aliénation du domaine utile.

Cette erreur a été évitée par MM. Duvergier (1) et Troplong (2).

Concluons donc que lorsqu'un propriétaire fera un bail à long terme et que les parties l'auront qualifié bail emphytéotique, ou bien lorsqu'à défaut du mot, l'étendue et la durée des droits du preneur ne laisseront au juge aucun doute sur sur l'intention des parties, il y aura lieu d'appliquer à cette situation les règles de notre ancien droit, sauf certaines modifications qu'il s'agit de déterminer.

Si les parties n'ont pas fixé la durée du bail emphytéotique et s'il est certain qu'elles n'ont pas entendu le faire perpétuel (3), il conviendrait d'en fixer la durée à quatre-vingt-dix-neuf ans. Un usage immémorial a fait adopter ce terme plutôt

(1) *Louage*, I, n° 145, *in fine*.
(2) *Louage*, I, n° 32, *passim* et *in fine*.
(3) Dans ce cas, il faudrait appliquer l'art. 530.

que tout autre, et l'art. 1er, tit. 1er de la loi du 18-29 décembre 1790 a défendu de prolonger au delà la durée des emphytéoses temporaires. Cette disposition est regardée par les auteurs les plus graves comme étant toujours en vigueur (1).

§ IV.

Théorie de l'emphytéose sous le régime du Code civil.

1. — L'emphytéote aura sur la chose tous les droits de l'usufruitier, et de plus une faculté de changer la superficie plus étendue que celle qu'on pourrait reconnaître à ce dernier.

Il profitera de l'alluvion ; mais il n'aura droit ni aux mines ni aux carrières, qui n'étaient pas ouvertes au moment de la concession.

Il aura contre les tiers et contre le propriétaire lui-même l'action réelle et les actions possessoires.

Il pourra transmettre librement son droit, constituer des servitudes, concéder des hypothèques.

2. — En retour, l'emphytéote sera obligé de payer au propriétaire une rente annuelle, qui sera due à forfait, c'est-à-dire sans aucune remise, nonobstant toute interruption de jouissance dont

(1) Comp. M. Duvergier, *Louage* I, n. 147 et n. 202; M. Troplong, *Louage*, I, n. 50.

le propriétaire ne serait pas garant, et toute perte partielle de la chose. La perte totale pourra seule opérer l'extinction de l'obligation. Peut-être pourrait-on adopter, sous le régime du Code civil, le tempérament que de graves auteurs réclamaient lorsque la rente a été calculée comme un fermage (1).

3. — Quelle sera, sous le Code civil, la nature de cette rente emphytéotique? Sera-ce, comme sous l'ancien régime, un droit foncier et immobilier, exclu à ce titre de la communauté légale, susceptible de saisie immobilière et d'hypothèque?

On sait déjà que telle est l'opinion de M. Merlin (2). En traitant la même question sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII, nous avons réfuté les arguments que ce savant auteur avait cru trouver dans le texte de l'article 7 de cette loi (3). Quoique la solution que nous avons donnée à cette question sous ce régime pût nous dispenser à la rigueur de la discuter sous le régime du Code civil, il nous paraît impossible de laisser sans réponse des objections proposées par M. Merlin.

Non content d'avoir entrepris de démontrer

(1) Comp. en sens contraire. — M. Troplong, *op. laud.*, I, n. 42 et 43. — M. Duvergier, *op. laud.*, I, n° 165.
(2) Quest., v° *Emphyt.*, § 7, n° 1.
(3) Comp. ci-dessus, 5e part., § 2.

que la rente emphytéotique avait encore le caractère d'un immeuble ; « parce que le Code civil ne « mobilise, art. 529, que les *rentes perpétuelles et « viagères*, et ne déclare essentiellement rache- « tables que les *rentes établies à perpétuité pour le « prix de la vente d'un immeuble ou comme condition « de la cession d'un fonds immobilier ;* » M. Merlin s'est attaché à prouver qu'on ne saurait appliquer à cette rente les considérations, qui n'ont pas permis d'accorder la faculté d'hypothéquer au propriétaire des certains autres immeubles, c'est-à-dire les servitudes foncières, les droits d'usage et d'habitation, les actions en revendication d'immeubles. Ce résultat s'explique suffisamment par la nature des droits d'usage et d'habitation, exclusivement attachés à la personne, non susceptibles d'expropriation et, conséquemment, d'hypothèque ; par la nature des servitudes foncières qui ne peuvent pas subsister indépendamment du fonds dominant et, conséquemment, ne peuvent être hypothéquées et saisies que conjointement avec lui ; enfin par cette circonstance que l'action en revendication d'un immeuble n'a pas une situation propre et indépendante de celle de l'immeuble qu'elle concerne, d'où l'on peut conclure qu'elle ne peut pas être hypothéquée distinctement.

L'attention, que M. Merlin a donnée à ces difficultés secondaires, l'a empêché d'apercevoir un texte qui détruisait son système par la base. Il ne s'est attaché, dans l'art. 529, qu'à la disposition finale, qui fait allusion aux anciennes rentes foncières et constituées, *exempli causa ;* il a perdu de vue la disposition générale de ce même article qui déclare « meubles, par la détermination de la loi, « les obligations ou actions qui ont pour objet des « sommes exigibles. » Il est clair que l'art. 530, loin de fournir un argument *à contrario* pour prouver la nature immobilière de la rente due par l'emphytéote temporaire, fournit un argument *à fortiori* en faveur de l'opinion opposée.

Cette solution nous dispense de développer ici les conséquences que M. Merlin déduit très-logiquement de son faux principe : 1° relativement à l'effet, sur la rente emphytéotique, de l'hypothèque acquise sur le domaine direct, et *vice versâ ;* 2° sur ce que devient, à l'expiration de l'emphytéose, l'hypothèque dont la rente emphytéotique et le domaine direct ont été frappés pendant la possession de l'emphytéote (1).

4. — Quant à l'obligation d'entretenir le fonds,

(1) M. Merlin, *loc. laud.*, § 7, *pass.*—Sur d'autres questions analogues, comp., *ibid.*, § 6.

il est évident qu'il ne saurait y avoir aucune différence entre l'ancien et le nouveau droit. On peut en dire autant sur les effets de l'obligation d'améliorer.

On pourrait croire, au premier aspect, que la disposition de l'art. 555 doit modifier la solution donnée par l'ancienne jurisprudence à la question de savoir si le propriétaire devait rembourser, à la fin du bail, la valeur des constructions que l'emphytéote avait faites sans y être obligé (1). Mais il nous semble évident que cet article n'est pas applicable : il dispose au profit du possesseur de bonne foi ou de mauvaise foi, qui a agi comme propriétaire, et nullement au profit de l'emphytéote qui a dû savoir qu'il ne pouvait user du droit de changer la superficie qu'à la charge d'améliorer le fonds.

5. — L'emphytéote doit supporter l'impôt et toutes les charges publiques, sauf une retenue du cinquième de l'impôt qu'il est autorisé par les lois fiscales à faire subir au canon emphytéotique, à moins de convention contraire avec le propriétaire. Mais l'impôt qu'il paye lui profite pour lui procu-

(1) M. Duvergier, *op. laud.*, I, nº 174; M. Troplong, *op. laud.*, I, nº 48, sont de cette opinion.

rer le cens électoral ou celui d'éligibilité (1).

6. — Tous les modes d'extinction, admis par l'ancien droit, sont reconnus par le nouveau. Les nouvelles idées sur la nature du droit de l'emphytéote et sur celle de la redevance emphytéotique confirment la jurisprudence qui refusait à l'emphytéote le bénéfice du déguerpissement et celui de la prescription. On appliquerait dans ce dernier cas les règles du Code civil sur l'interversion dans le titre de la possession.

7. — La déchéance est encourue par l'emphytéote pour deux causes, l'abus de jouissance et le défaut de payement du canon pendant trois ans.

Sous le Code civil comme sous l'ancien droit, le propriétaire doit s'adresser à la justice pour obtenir l'expulsion de l'emphytéote. Mais la position est bien différente suivant que le contrat est muet sur ce point ou contient des clauses formelles.

Dans le premier cas, la règle à appliquer est celle de l'art. 1184. Le juge pourra accorder un délai de grâce avant de prononcer la résolution.

Dans le second cas, il est certain que les clauses du contrat ne peuvent plus être réputées comminatoires. Le juge ne peut pas accorder de délai de

(1) Comp. M. Troplong, *op. laud.*, I, n° 39; M. Duvergier, *op. laud.*, I, n° 171.

grâce. Mais on a demandé s'il faudrait appliquer à l'emphytéote l'art. 1656, qui, dans l'hypothèse d'une vente où l'on a stipulé la résolution de plein droit faute de payement à l'échéance, admet du moins l'acheteur à payer après cette échéance, mais avant la sommation?

M. Troplong ne le pense pas (1). A ses yeux, l'art. 1656 est une dérogation à la règle de l'article 1183. Aux termes de cette dernière disposition, l'accomplissement de la condition résolutoire anéantit aussi complétement le contrat que s'il n'avait jamais existé. Or, les parties avaient déterminé comme cas de résolution le défaut de payement de la redevance aux termes convenus.

A ce système, dans lequel l'article 1656 n'est qu'une inconséquence du législateur, nous préférons le système de M. Zachariæ (2). Le Code n'admet pas la résolution lorsque le débiteur n'est pas en demeure. Or, aux termes de l'art. 1139, il n'y a qu'une seule clause qui puisse équivaloir à la sommation pour mettre le débiteur en demeure; c'est celle qui porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débi-

(1) *Op. laud.*, I, n° 46, p. 200, *in fine*.
(2) *Cours de droit civil français*, § 302, note 47, II, p. 306.

teur sera mis en demeure ; et elle ne se rencontre pas dans l'espèce de l'art. 1656. Il y a donc véritablement trois hypothèses à distinguer. Si le contrat est muet sur la déchéance, faute de payement, on appliquera l'art. 1184 ; si le contrat porte que faute de payement d'un terme la déchéance sera encourue de plein droit et que l'emphytéote sera en demeure par la seule échéance du terme, on appliquera l'article 1183 ; si le contrat porte seulement que faute de payement à l'échéance, la résolution aura lieu de plein droit, on appliquera l'art. 1656. Tel est le droit commun de tous les contrats, et, conséquemment, celui de tous les baux emphytéotiques passés sous le régime du Code civil.

8. — Ici se présente une question transitoire, qui, pendant longtemps encore, ne sera pas sans intérêt pratique. Quel serait l'effet de la mise en demeure d'un emphytéote, sous le régime du code civil, si la date du bail emphytéotique était antérieure à celle du Code?

Cette question n'a d'intérêt que si l'on suppose dans le bail une de ces clauses, réputées purement comminatoires par l'ancienne jurisprudence, mais auxquelles le Code civil donne effet, en matière de résolution. L'art. 1184, qui se réfère au cas de si-

lence du contrat, est conforme aux idées de cette ancienne jurisprudence.

La cour de cassation a d'abord pensé qu'il y avait lieu de statuer absolument de la même manière que si le bail avait été passé sous le régime du Code civil. Elle ne croyait pas encourir le reproche de donner à la loi un effet rétroactif, parce qu'il est de règle certaine que les effets d'une mise en demeure s'apprécient d'après la loi du moment de la mise en demeure, et non d'après celle de la date du contrat.

Mais M. Troplong (1) a judicieusement remarqué que les effets légaux de la mise en demeure varient suivant les dispositions du contrat ; et que c'est violer le principe de la non-rétroactivité des lois que de déterminer la portée d'une clause, non d'après la loi contemporaine qui la réputait inutile, mais d'après la loi postérieure qui lui aurait donné une grande valeur.

C'est ainsi que la cour de cassation aurait dû motiver la rétractation de sa première jurisprudence, au lieu d'alléguer des raisons plus spé-

(1) *Op. laud.*, I, n° 46, comp. M. Duvergier, *op. laud.*, I, n° 167, 168, en sens différent.

cieuses que solides, et qui ont été réfutées avec avantage par MM. Merlin et Duvergier (1).

9. — Il n'y a rien à changer, sous le régime du Code civil, aux règles que nous avons exposées, d'après les anciens principes sur la constitution de l'emphytéose, soit par contrat, soit par testament, soit par prescription.

10. — Mais dans le cas de transmission du droit emphytéotique, il n'y aurait pas lieu de suppléer la réserve du droit de prélation emphytéotique. Formellement stipulée, elle constituerait tout au plus le principe d'une action en dommages-intérêts de la part du propriétaire contre l'emphytéote qui aurait manqué à sa promesse. Il faudrait en dire autant d'une stipulation qui rappellerait le droit de lods et ventes.

11. — Il y a peu d'analogie entre les règles du droit féodal sur la perception des droits seigneuriaux et les règles sur la perception du droit d'enregistrement, en ce qui concerne le bail emphytéotique.

La constitution du bail emphytéotique ne donnait pas ouverture au droit de lods et ventes. Elle

(1) Merlin, Quest., v° *Emphyt.*, § 3, n° 2; M. Duvergier, *loc. laud.*

est frappée d'un droit proportionnel d'enregistrement.

D'après la véritable notion du droit de l'emphytéote, le droit d'enregistrement perçu sur le bail emphytéotique et sur la cession qui en peut être faite, ne devrait pas être différent de celui auquel donnent ouverture la constitution et la cession d'un droit d'usufruit.

Il est vrai que pendant longtemps la régie de l'enregistrement crut ne pouvoir exiger que le droit proportionnel, dont la loi fiscale frappe les baux ordinaires (1). Mais elle a reconnu son erreur, et deux arrêts de la cour de cassation, rendus le même jour (1er avr. 1840), ont consacré sa prétention. Ils auraient pu lui donner gain de cause, sans supposer, comme ils l'ont fait, que le bail emphytéotique transportait au preneur soit la propriété utile du fonds, soit même la propriété temporaire.

(1) Comp. la note de M. de Villeneuve sur les deux arrêts de la cour de cassation du 1er avril 1840. — Sirey, 40. 1. 433.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

DEUXIÈME PARTIE.

TROISIÈME PARTIE.

QUATRIÈME PARTIE.

FIN DE LA TABLE.



